



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**PUBLICAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS
COMERCIAIS: A FORMAÇÃO DE UMA
JURISPRUDÊNCIA ARBITRAL**

Por

Ian Velásquez Fins

ORIENTADOR: Lauro da Gama e Souza Júnior

2022.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22451-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

PUBLICAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS COMERCIAIS: A FORMAÇÃO DE UMA JURISPRUDÊNCIA ARBITRAL

por

Ian Velásquez Fins

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: Lauro da Gama e Souza Júnior

2022.1

AGRADECIMENTOS

Com o fim de uma etapa importante da minha vida, não poderia deixar de agradecer a todos que contribuíram para a minha formação, para este estudo, bem como aos que compartilharam comigo os últimos cinco anos.

Agradeço, inicialmente, aos meus pais, Horacio e Luciana, que, ao longo de toda a minha existência, apoiaram e incentivaram o meu estudo, dando-me o suporte necessário para o meu desenvolvimento pessoal e profissional. Além do amor e do carinho que me deram, são exemplos de pessoas incríveis, que espero um dia ser no futuro. Sou grato, também, a minha família, por todo amor e encorajamento.

À Bela, meu amor, que mesmo diante de todos os obstáculos e dificuldades me ajuda a encarar a vida com leveza e muita alegria. Sou imensamente grato por sua compreensão com a minha agitada vida profissional e acadêmica. A sua companhia me faz a pessoa mais feliz do mundo e desejo que a minha te faça sentir o mesmo.

Ao Lauro Gama, que, além de professor, mentor (pelo GEADICI) e orientador de monografia, brinda-me diariamente com ensinamentos como meu chefe no escritório. Tenho muito orgulho de trabalhar com tão importante referência profissional e pessoal. Obrigado por ser tão atencioso, generoso e paciente.

Agradeço a todos os professores que contribuíram com a minha trajetória acadêmica. Em especial, sou muito grato à professora Samantha Pelajo, que me apresentou o universo da mediação e continua a acreditar em mim e no meu potencial. Agradeço, também, aos queridos professores Caio Machado Filho, Gilberto Martins de Almeida, Juliana Bracks, Mia Schneider, Pedro Marcos Nunes Barbosa e Rachel Nigro, pelas aulas incríveis e por todos os incentivos para o meu desenvolvimento como jovem estudante. Tenho certeza que não estaria aqui sem eles.

Aos meus queridos amigos de escola, Antonio Saint’Pierre, Bernardo Oliveira e Matteo Muzitano, que fizeram o distanciamento da pandemia passar num piscar de olhos. Como não poderia deixar de ser, sou grato a todos do grupo *saudade comunista*, pelas lindas memórias que fizemos.

Aos meus queridos amigos da faculdade, Álvaro Sobral, Amanda Sixel, Ben Assayag e José Aristóbulo Caldas, que não só me fizeram sentir acolhido no ambiente universitário, como são, para mim, família. Agradeço as amizades que fiz durante a faculdade, notadamente, aos queridos Bruno Borsaro, David Toscano, Eduarda Maldonado, Erick Gomes, Luiza Dargains, Mirella Andrade, Rafael Rodrigues, Victor Bombarda e Victor Cavaleiro.

Aos amigos dos grupos de mediação (*i.e.*, CMA, GAEMNE e GIMEC), que trilham comigo o difícil, mas recompensador, caminho da disseminação da cultura do diálogo. Agradeço, em particular, à querida Maria Gabriela Jardim, com quem tive o prazer de compartilhar minha primeira publicação acadêmica, e à querida Thainá Mámede, pela parceria e pelos acolhedores momentos de (necessário) desabafo.

Aos (gigantes) amigos do GEADICI, Camila Kneitz, Clara Buckmann, João Pedro Werneck, Maria Eduarda Caraméz, Maria Fernanda Bastos, Naomi Zagardny, Thomaz Jones e Tom Simões, pela viagem a trabalho mais divertida e, claro, emocionante de todas. Agradeço também aos queridos *coaches* Bruno Barreto, Alexandre Vargas, Paulo Cristofaro e Rafael Villela, pela dedicação e orientação.

Por fim, mas não menos importante, agradeço aos amigos do Lauro Gama Advogados. Sou profundamente grato por toda contribuição, cuidado e parceria que Karina Riccio e Alice Alván tiveram comigo, lendo e relendo este trabalhando, além de serem grandes amigas do escritório e da vida. Agradeço também a mentoria eterna de Débora Fiszman e a parceria dos queridos colegas Tiago Campos, João Paulo Georgief, Maria Luiza Mayr Maia e Gabriel Palmeiro.

RESUMO

FINS, Ian Velásquez. *Publicação de Sentenças Arbitrais Comerciais: A Formação de uma Jurisprudência Arbitral*. 78 p. Monografia de conclusão de curso. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2022.

O presente trabalho objetiva investigar o impacto das sentenças arbitrais no desenvolvimento do direito comercial. Para tanto, inicia-se a análise com a possibilidade do enquadramento da arbitragem como uma ordem jurídica autônoma. Nesse contexto, estuda-se o papel do instituto no desenvolvimento do direito, bem como a exigência de transparência da arbitragem para permitir o aprimoramento da seara comercial. Ademais, destaca-se a participação das instituições arbitrais na promoção dessa transparência. Em seguida, aborda-se a medida necessária da transparência no instituto da arbitragem para o adequado desenvolvimento do direito comercial, perpassando o obstáculo do princípio da confidencialidade. Ao final, debruça-se sobre o valor de decisões arbitrais prévias para o desenvolvimento do direito, bem se expõe exemplos da utilidade de uma jurisprudência arbitral.

Palavras-Chave: Arbitragem; Desenvolvimento do Direito; Confidencialidade; Publicação de Sentenças Arbitrais; Jurisprudência Arbitral; Precedentes Arbitrais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – Legitimidade da Arbitragem no Mundo Contemporâneo.....	10
1.1. Ordem Jurídica Arbitral	10
1.2. O Papel da Arbitragem no Desenvolvimento do Direito	16
1.3. A Recente Exigência da Transparência na Arbitragem	22
1.4. Importância das Instituições Arbitrais	28
CAPÍTULO 2 – A Transparência Necessária para o Desenvolvimento do Direito	33
2.1. Acesso Público ao Procedimento Arbitral	33
2.2. Divulgação do Conteúdo das Decisões Arbitrais	36
2.3. O Problema da Confidencialidade	38
2.4. Publicação das Sentenças Arbitrais	42
2.4.1. Argumentos a Favor da Publicação Sistemática	43
2.4.2. Argumentos Contrários à Publicação Sistemática.....	46
CAPÍTULO 3 – A Formação de uma Jurisprudência Arbitral.....	48
3.1. Atual Percepção Jurisprudencial de Sentenças Arbitrais.....	48
3.2. Utilidade de uma Jurisprudência Arbitral	54
3.2.1. O Caso das Arbitragens ICSID.....	54
3.2.2. O Caso das Arbitragens Envolvendo a Administração Pública .	58
3.2.3. O Caso das Arbitragens Societárias	60
3.2.4. O Caso das Arbitragens Desportivas	63
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

LISTA DE ABREVIACÕES

§/§§	Parágrafo/Parágrafos
AAA	American Arbitration Association
Art./Arts.	Artigo/Artigos
CAM	Câmara de Arbitragem do Mercado
CAM-CCBC	Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá
CAS	Court of Arbitration for Sport
CCEE	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CCI	Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
CISG	Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias
Convenção de Washington	Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
FIFA	Fédération Internationale de Football Association
HCCH	Conferência de Haia de Direito Internacional Privado
ICDR	International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association
ICSID	International Centre for the Settlement of Investment Disputes
LArb/Lei de Arbitragem	nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, com as modificações da Lei nº 13.129 de 26 de maio de 2015
Lei Modelo/Lei Modelo da UNCITRAL	Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985, com alterações adotadas em 2006
MAC	Milan Arbitration Chamber

Notas da CCI	Notas às Partes e aos Tribunais Arbitrais sobre a Condução da Arbitragem Conforme o Regulamento de Arbitragem da CCI
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONU	Organização das Nações Unidas
P./pp.	Página/Páginas
Pesquisa de 2018 da Queen Mary University of London	Queen Mary University of London em colaboração com o escritório White & Case. <i>International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration</i> , 2018
Princípios da UNIDROIT	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016
Regulamento CAM-CCBC	Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC, de 1º de setembro de 2011, com alterações aprovadas em 28 de abril de 2016
Regulamento ICDR	Regulamento de Arbitragem do International Centre for Dispute Resolution, de 1º de março de 2021
Regulamento MAC	Regulamento de Arbitragem da MAC, de 1º de julho de 2020
Regulamento SIAC	Regulamento de Arbitragem do SIAC, de 1º de agosto de 2016
Regulamento UNCITRAL	Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, de 15 de dezembro de 1976, revisada em 6 de dezembro de 2010, com alterações em 16 de dezembro de 2013
Regulamento VIAC	Regulamento de Arbitragem do VIAC, de 1º de julho de 2021
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SIAC	Singapore International Arbitration Centre
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
VIAC	Vienna International Arbitration Centre

INTRODUÇÃO

É evidente o sucesso da arbitragem no contexto dos conflitos comerciais internacionais, sendo o método alternativo (ou adequado) de resolução de disputas mais escolhido e aceito¹.

Tal sucesso se percebe nos procedimentos arbitrais “*high-profile*”, a exemplo das grandes arbitragens relativas às nacionalizações das concessões de petróleo nos anos 1970 e 1980 no Oriente Médio; em colossais projetos de infraestrutura, como na construção do túnel sob o Canal da Mancha; e em relevantes incidentes internacionais, sendo um dos mais conhecidos o afundamento do navio francês *Rainbow Warrior* em missão pela *Greenpeace*²⁻³.

Alguns afirmam que o sucesso do instituto representa a formação de uma “*lex arbitralis materialis*”, que consiste em regras transnacionais de direito material, em princípios gerais de direito e na prática das principais instituições arbitrais e dos escritórios de advocacia internacional⁴.

Nesse contexto, em que a arbitragem se torna cada vez mais o meio de resolução de disputas do comércio internacional, percebem-se relevantes discussões sobre o papel dos árbitros nesse recente sistema transnacional de

¹ Segundo pesquisa feita pela Queen Mary University “*International arbitration is the preferred method of resolving cross-border disputes for 90% of respondents, either on a standalone basis (31%) or in conjunction with ADR (59%).*” (Queen Mary University of London em colaboração com o escritório White & Case. *International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world*, 2021, p. 5. Disponível em: <<https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2021-international-arbitration-survey/>>. Acesso em 19 mar 2022).

² Casos “*high-profile*” se definem por terem como objeto litígios extremamente importantes na visão da opinião pública, razão pela qual atraem muita atenção. DEZALEY, Yves; GARTH, Bryant G. *Dealing in Virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*. The University of Chicago Press: Chicago & London, 1996, p. 6.

³ Tribunal Arbitral Ad Hoc, Nova Zelândia v. França. Em 1985, uma equipe de agentes franceses sabotou e afundou o *Rainbow Warrior*, navio pertencente ao *Greenpeace International*, enquanto estava ancorado em um porto na Nova Zelândia. Desse incidente originou-se uma disputa entre a França, que exigia a liberação de dois agentes, e a Nova Zelândia, que demandava indenização pelo ocorrido.

⁴ MISTELIS, Loukas. Unidroit Principles applied as “Most Appropriate Rules of Law” in a Swedish Arbitral Award. *Uniform Law review*, Vol. VIII, 2003, p. 631.

justiça. Com a utilização de um meio de solução de conflitos comumente associado com o princípio da confidencialidade, questiona-se os efeitos do crescimento da arbitragem para o direito material.

Em busca de um acesso ao conteúdo das decisões dos árbitros, entende-se que a publicação sistemática de sentenças arbitrais possa em muito auxiliar o contínuo desenvolvimento do direito comercial. Nesse sentido, abordam-se, no presente estudo, temas atinentes à publicação reiterada de sentenças arbitrais comerciais e a sua relação com o desenvolvimento do direito comercial.

No Capítulo 1, expõem-se as diferentes teorias e representações sobre a natureza jurídica da arbitragem, de modo a aferir a existência de uma ordem jurídica arbitral. A seguir, tecem-se comentários sobre o papel da arbitragem no desenvolvimento do direito e a recente, e crescente, exigência de transparência com relação ao instituto. Ao final comenta-se a participação das instituições arbitrais no aumento dessa transparência.

No Capítulo 2, trata-se da medida necessária da transparência na arbitragem para o adequado desenvolvimento do direito comercial, passando pelas discussões sobre (i) a necessidade de acesso público ao procedimento arbitral; (ii) a divulgação do conteúdo das decisões arbitrais; (iii) o aparente problema da confidencialidade como característica inerente à arbitragem; e (iv) os argumentos favoráveis e contrários à publicação de sentenças arbitrais.

Por fim, no Capítulo 3, debruça-se sobre o valor de decisões arbitrais prévias para o desenvolvimento do direito, bem como se expõe exemplos da utilidade de uma jurisprudência arbitral nas arbitragens (i) ICSID, (ii) envolvendo a administração pública; (iii) societárias; e (iv) desportivas.

CAPÍTULO 1 – LEGITIMIDADE DA ARBITRAGEM NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

“The legitimacy of the transnational legal order rests on the way representation is structured”⁵

Yves Dezalay e Bryant G. Garth

O instituto da arbitragem se encontra em um processo de legitimação, ocupando cada vez mais um espaço privilegiado na solução de conflitos comerciais no mundo contemporâneo, ainda mais no contexto internacional⁶.

Toda essa conquista da arbitragem nas últimas décadas traz, em mesma proporção, maior responsabilidade para todos os atores envolvidos com essa forma privada e heterocompositiva de resolução de disputas.

Nesse espírito, tecem-se, no presente estudo, considerações sobre importantes temas para a legitimidade da arbitragem: (i) a existência de uma *Ordem Jurídica Arbitral*; (ii) o *Papel da Arbitragem no Desenvolvimento do Direito*; (iii) a *Recente Exigência da Transparência na Arbitragem*; e (iv) a *Importância das Instituições Arbitrais* na criação de um ambiente adequado para o desenvolvimento do instituto.

1.1. Ordem Jurídica Arbitral

Para aferir a existência de uma ordem jurídica arbitral, cumpre-nos, em um primeiro momento, ressaltar as diferentes teorias a respeito da natureza jurídica da arbitragem.

Na primeira metade do século XX, existia grande controvérsia sobre a natureza jurídica contratual ou jurisdicional do instituto. Os que favoreciam

⁵ “A legitimidade da ordem jurídica transnacional se apoia na forma pela qual a sua representação se estrutura” [tradução livre] (DEZALEY; GARTH. *Op. Cit.*, p. 65).

⁶ *Ibid.*, p. 33.

o desenvolvimento da arbitragem ressaltavam a natureza contratual, enquanto os defensores da definição jurisdicional destacavam uma suposta rivalidade entre tribunais arbitrais e as cortes nacionais⁷. De todo modo, essa discussão perdeu relevância com uma primeira conclusão doutrinária de que a arbitragem teria uma natureza mista ou *sui generis*⁸.

Sobre o tópico, explica Julian Lew⁹:

“The problem in theoretical terms is that neither the jurisdictional nor the contractual theories of arbitration encapsulate the fundamental and real nature of arbitration. [...] Essentially, arbitration was made up of two elements: the authority of the local law and party agreement. **However, the mixed theory also did not reflect the practical aspects of arbitration: it ignored the various other factors that are inherent in arbitration, such as the arbitrator**”. [grifou-se]

Em razão da insuficiência do enquadramento da arbitragem tão-somente como mista ou *sui generis*, o que não fundamentaria devidamente a fonte de legitimidade da arbitragem moderna, surgiram, na segunda metade do século passado, três “*représentations*”, como nomeia Gaillard¹⁰:

“**There are three competing visions of international arbitration**, defined by what their proponents consider to be the source of legitimacy of the phenomenon: **the monolocal** vision, **the Westphalian** vision and **the transnational** vision” [grifou-se].

A primeira teoria (leia-se: representação), chamada de territorial (ou monolocal), parte da premissa de que o processo arbitral se assimila à ordem

⁷ GAILLARD, Emmanuel. *Legal Theory of International Arbitration*. Printforce: Netherlands, 2010, p. 13.

⁸ DAVID, René. *Arbitration in International Trade*. Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1985, §§83 e ss.

⁹ “O problema em termos teóricos é que as teorias da arbitragem jurisdicional e contratual não encapsulam a fundamental e real natureza da arbitragem. [...] Essencialmente, arbitragem se constituiu de dois elementos: a autoridade da lei local e o acordo das partes. No entanto, a teoria mista também não refletiu os aspectos práticos da arbitragem: ela ignorou vários outros fatores que são inerentes à arbitragem, como o árbitro” [tradução livre] (LEW, Julian D. M. *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration*. In PARK, William W. (ed.). *Arbitration International*. Oxford University Press, Vol. 22, Issue 2, 2006, p. 186. Ver também: GAILLARD. *Op. Cit.*, 2010, pp. 13-14).

¹⁰ “Existem três visões da arbitragem internacional que competem entre si, definidas pelo o que os seus proponentes consideram a fonte da legitimidade do fenómeno: a visão monolocal, a visão westfaliana e a visão transnacional” [tradução livre] (GAILLARD, Emmanuel. *International Arbitration as a Transnational System of Justice*. VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed.) *International Council for Commercial Arbitration: Arbitration – The Next Fifty Years*. ICCA Congress Series No. 16, Kluwer Law International, 2012, p. 67).

jurídica da sede da arbitragem, passando a ser apenas um componente desse sistema. Nessa acepção, a juridicidade encontra-se exclusivamente no país sede daquele procedimento arbitral específico, inexistindo sentenças arbitrais verdadeiramente internacionais (*i.e.*, o árbitro se equipara ao juiz do país da sede)¹¹. Tal enquadramento jurídico divide-se em duas correntes: (i) a objetivista; e (ii) a subjetivista.

A visão doutrinária objetivista fundamenta-se na doutrina de Francis A. Mann, exposta no artigo “*Lex Facit Arbitrum*”¹². Nessa definição, entende-se que a arbitragem faz parte de alguma ordem jurídica determinada, sendo o tribunal arbitral apenas umas das várias cortes existentes nesse sistema jurídico¹³.

A corrente subjetivista, por sua vez, confere maior destaque à intenção das partes que, ao escolherem um Estado específico como a sede da arbitragem, pretenderam submeter o procedimento arbitral ao exclusivo controle do sistema jurídico daquele país¹⁴.

A segunda teoria, nomeada de pluralista (ou vestfaliana), fundamenta-se na ideia de que a fonte da jurisdição dos árbitros não deriva apenas de uma única ordem jurídica (*i.e.*, a da sede), mas sim de todos os ordenamentos que se dispõem a reconhecer a eficácia da sentença arbitral¹⁵.

¹¹ GAILLARD. *Op. Cit.*, 2010, p. 15.

¹² O estudo de F. A. Mann foi extremamente relevante, em que pese muitos discordem da sua visão. Conforme notam os editores da edição de 1986: “*This article raised fundamental points of principle which had not then been much discussed. It coined the phrase *lex arbitri*; and its influence has been widely felt, particularly in England and the common law countries of the British Commonwealth*” (MANN, F. A. The UNCITRAL Model Law - *Lex Facit Arbitrum*. *International Arbitration*, Vol. II, nº 3, 1986, p. 241).

¹³ Como declara Francis A. Mann: “*There is a pronounced similarity between the national judge and the arbitrator in that both of them are subject to the local sovereign. If, in contrast to the national judge, the arbitrator is in many respects, but by no means with uniformity, allowed and even ordered by municipal legislatures to accept the commands of the parties, this is because, and to the extent that, the local sovereign so provides*” (MANN, Francis. A. *Lex Facit Arbitrum*. In *International Arbitration*. Liber Amicorum for Martin Domke, The Hague, Martinus Nijhoff, 1967, p. 162).

¹⁴ GAILLARD. *Op. Cit.*, 2010, p. 19. GOODE, Roy. The Role of the *Lex Loci Arbitri*. In *International Arbitration*, Vol. 17, nº 1, 2001, p. 32.

¹⁵ GAILLARD. *Op. Cit.*, 2010, pp. 24-25.

Nessa conceituação, todas as leis que têm relação com a arbitragem (*e.g.*, lei da sede, lei de execução etc.) são igualmente consideradas no que tange à validade da sentença arbitral¹⁶. Assim sendo, a característica internacional prevalece sobre a ideia antropomórfica de impor uma nacionalidade às sentenças arbitrais, desvinculando a arbitragem da lei da sede¹⁷.

Por fim, a terceira e mais recente teoria¹⁸, denominada transnacional, firma-se no sentido de que a arbitragem possui uma natureza jurídica autônoma (*i.e.*, trata-se de um “*stand-alone mechanism*”¹⁹), fundada em uma ordem jurídica transnacional (*rectius*: ordem jurídica arbitral)²⁰.

Como explica Gaillard²¹, o termo ‘ordem jurídica arbitral’ data da década de 1990, e aparece em publicações de autores franceses, como ‘*a-national legal order*’, de Loquin²², e, posteriormente, ‘*arbitral legal order*’, de Daniel Cohen²³, ambas as expressões significando uma coerente compilação de normas relativas ao processo arbitral. A seu turno, Thomas Clay desenvolveu o conceito, enfatizando a autonomia da arbitragem e a sua natureza transnacional²⁴.

Diante da evolução doutrinária para as diferentes representações da arbitragem, desenvolveram-se alguns caminhos no que tange à categorização da arbitragem como uma ordem jurídica autônoma.

¹⁶ *Ibid.*, p. 25.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ “*The representations of international Arbitration are thus complete. The monolocal representation of international arbitration, centered around the notion of the seat, has brought about a multilocal (or Westphalian) representation, which, in turn, has led to a transnational representation which no longer considers each State individually but rather focuses on the trends arising from the normative activity of the community of States. The main difference between the latter two approaches considers the plurality of States, while the transnational approach contemplates the collectivity of States*” (*Ibid.*, p. 37).

¹⁹ LEW. *Op. Cit.*, 2006, p. 186.

²⁰ *Ibid.* GAILLARD. *Op. Cit.*, 2010, p. 35.

²¹ *Ibid.*, p. 39.

²² LOQUIN, E. *L’application de règles anationales dans l’arbitrage comercial international*. L’apport de la jurisprudence arbitrale. ICC Publication n° 440/1, 1986, p. 67.

²³ COHEN, Daniel. *Arbitrage et Société*. Paris, LGDJ, 1993, p. 21.

²⁴ CLAY, Thomas. *L’arbitre*. Paris, Dalloz, 2001, pp. 221-228.

Consoante a perspectiva jusnaturalista, defendida por René David e Bruno Oppetit, os árbitros não apenas aplicam a lei ao caso concreto de maneira artificial, mas levam em consideração a justiça e os interesses das partes nas suas decisões²⁵. Não por outro motivo, René David afirma que tribunais arbitrais participam no desenvolvimento de uma nova lei comercial, fortemente influenciada pelo direito natural²⁶.

Jan Paulsson, por sua vez, com base na tese institucionalista sobre ordenamentos jurídicos de Santi Romano²⁷, entende que a arbitragem deve ser encarada sob uma perspectiva pluralista tridimensional²⁸. Difere do pluralismo vestfaliano, pois aceita a existência de ordens jurídicas autônomas resultantes de organizações sociais²⁹. Ainda assim, não defende com a mesma veemência a existência de uma ordem jurídica arbitral, como os juristas franceses.

Para Paulsson, o pluralismo deve considerar o fato de que, na sociedade moderna, ordens jurídicas se justapõem e, desse modo,

²⁵ DAVID, René. Droit Naturel et Arbitrage. *Natural Law and World Law*. Essays to Commemorate the Sixtieth Birthday of Kotaru Tanaka, Tokyo, Yuhikaku, 1954, p. 19; OPPETIT, Bruno. *Philosophie du Droit*. Paris, Dalloz, 1999, p. 119.

²⁶ “*The new commercial law, as developed by corporatist arbitral tribunals, is strongly influenced by naturalist law. Like natural law and ancient commercial law, and despite national codifications, this new commercial law is international in nature. As such, it moves away and distinguishes itself from the positive national laws. Moreover, contrary to positive law in various countries, it is characterized by arbitrators’ desire to take into account the commercial interests of the parties, even if that entails sacrificing, if need be, their strict rights. It is just as important to maintain good relations with one’s clients or suppliers as it is to obtain what is owed to one in a given dispute*” (DAVID. *Op. Cit.*, 1954, p. 19. Tradução do francês para o inglês do Professor Emmanuel Gaillard (GAILLARD. *Op. Cit.*, 2010, p. 42)).

²⁷ Santi Romano arguia que instituições (ou em outra tradução: grupos sociais) possuíam autonomia e continham as fontes originárias de direito nas suas três formas: “*a disciplinar, a consuetudinária e a estatutária ou legal*”, motivo pelo qual afirma que “[a] solução que parece ser dada a tal problema já foi mencionada: **a instituição é um ordenamento jurídico, uma esfera em si mesma, mais ou menos completa, de direito objetivo**. As características essenciais do direito já salientadas (§10) coincidem com as da instituição. Não temos dúvida de que esta seja um ordenamento: as palavras organização, sistema, estrutura, edifício etc. com a qual é qualificada tendem a evidenciar este conceito” [grifou-se] (ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. JÚNIOR, Arno Dal Ri (trad.), Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, pp. 81 e 89.

²⁸ PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 48-50.

²⁹ PAULSSON, Jan. *Arbitration in Three Dimensions*. LSE Legal Studies Working Paper nº 2, 2010, p. 2.

parcialmente se sobrepõem umas em relação às outras³⁰. Assim, clama por um olhar não apenas horizontal, que considera os limites territoriais dos sistemas jurídicos de cada Estado, mas também vertical em relação às ordens jurídicas que se encontram reunidas no caso concreto³¹. Nesse âmbito, a arbitragem se encontra em um delicado entrelaço de ordens nacionais e privadas³².

Noutro entendimento, encontra-se a veia positivista da definição de ordem jurídica arbitral, professada por Gaillard e chamada de positivismo transnacional³³. Segundo ele, a noção de uma ordem jurídica arbitral leva em consideração o fato de que, na prática, Estados concordam com determinados requisitos que a arbitragem deve cumprir para ser tratada como um método vinculante de resolução de disputas³⁴. Dessa forma, o poder dos árbitros de julgar condiciona-se à homologação das sentenças arbitrais pelos Estados.

Contudo, como nenhum Estado sozinho tem o monopólio sobre a homologação de sentenças, estaríamos diante de um sistema que está acima dos ordenamentos jurídicos isolados, mas que existe na convergência de todas as leis nacionais. Por tal motivo, os árbitros não apenas administram

³⁰ “This confirms that the pluralistic model, expanded to include non-state legal orders, must be conceived of as three-dimensional. The dimension of depth is required to account for the fact that legal orders in modern international society overlap, and therefore partially overlay each other” (Ibid., p. 32).

³¹ Ibid.

³² “Yet private normative orderings cannot expect to survive long outside or below the radar of general constitutional order. They have not created a general system holding sway over an entire polity. There will be occasions, more or less frequent, when the private ordering asks for help, or finds itself making claims which the general constitutional order must notice and check if it is to maintain its own integrity and objectives. To take our subject: some arbitral awards would be illusory, and their very inefficacy apt to undermine the private ordering, unless the larger order may on occasion be enlisted to assist (...) Arbitration will survive only if it adjusts to a type of dynamic tension akin to the force that propulses a catamaran as it knifes through roiling waters in a stiff breeze. If the crew is timorous, the vessel stalls; if they seek too much power, it capsizes. Just so, private orderings must be ambitious in order to be useful; but if they overreach, repudiation is likely to replace tolerance” (Ibid.).

³³ GAILLARD. *Op. Cit.*, 2010, p. 45.

³⁴ Ibid., p. 46.

justiça em nome de um determinado Estado, mas exercem uma função jurisdicional a serviço da comunidade internacional³⁵⁻³⁶.

Em suma, percebe-se, nas teorias apresentadas, uma evolução do pensamento da arbitragem. Em um primeiro momento, meramente como uma “corte” estatal e, depois, como uma consolidada expressão da justiça e da pacificação social.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a ordem jurídica arbitral passou a ser definida como um ordenamento próprio de normas e princípios que atua no âmbito transnacional, ainda que alicerçado na soberania dos Estados nacionais. O árbitro, então, presta o relevante papel de autoridade jurisdicional, contribuindo para a pacificação social dos conflitos, no contexto de um sistema transnacional de justiça. Tanto é assim que a Corte de Cassação francesa declarou que a sentença arbitral internacional constitui uma “*décision de justice internationale*”³⁷.

1.2. O Papel da Arbitragem no Desenvolvimento do Direito

Em razão do protagonismo da arbitragem como meio de solução de conflitos comerciais, juristas de diversos países notam o impacto da utilização do instituto no desenvolvimento do direito comercial.

Em março de 2016, Lord Thomas of Cwmgiedd, que atuou como Lord Chief of Justice of England and Wales, alertou que a utilização da arbitragem como o principal meio de solução de disputas comerciais, especialmente nos setores de construção, engenharia, seguros e *commodities*, criou um

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*, p. 35.

³⁷ “*Mais attendu que la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées*” [grifou-se] (FRANÇA, Corte de Cassação, 1a Câmara Cível, Société PT Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices, 29 jun 2007). No mesmo sentido: FRANÇA, Corte de Cassação, 1a Câmara Cível, Hilmarton Ltd. c. Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV), 23 mar 1994; FRANÇA, Corte de Apelação de Paris, Société Ivoirienne de Raffinage c. Société Teekay Shipping Norway AS, 31 jan 2008.

alarmante obstáculo para o desenvolvimento da *common law* pelas cortes judiciais no Reino Unido³⁸:

“The effect of the diminishing number of appeals compounds the problem that arises from the diversion of more claims from the courts to arbitration. **It reduces the potential for the courts to develop and explain the law.** This consequence provides fertile ground for **transforming the common law from a living instrument into, as Lord Toulson put it in a different context, “an ossuary”**. [...] The UK has not reached the stark example which appears to be taking place in the United States, where mandatory arbitration clauses in contracts are removing whole classes of claims from the jurisdiction of the courts and undermining aspects of the law’s development. [...] **[T]here is a real concern which has been expressed to me at the lack of case law on standard form contracts and on changes in commercial practice.**”

Percebe-se, também, a preocupação de outras altas autoridades judiciais de países pertencentes à família da *common law*, como a Austrália³⁹ e o Canadá⁴⁰, com o crescente “*vanishing*” de casos comerciais nas cortes judiciais, motivado pelo uso da via arbitral para dirimir esses conflitos.

³⁸ “O efeito da diminuição do número de apelações agrega ao problema que surge com o desvio de mais casos das cortes para a arbitragem. Reduz-se o potencial das cortes desenvolverem e explicarem a lei. Essa consequência proporciona campo fértil para a transformação da *common law* de um instrumento vivo para, como o Lorde Toulson o colocou em um contexto diferente, um “ossuário”. [...] O Reino Unido ainda não chegou ao drástico exemplo que parece tomar forma nos Estados Unidos, em que cláusulas arbitrais mandatórias nos contratos estão removendo classes inteiras de casos da jurisdição das cortes e enfraquecendo o desenvolvimento de certos aspectos da lei. [...] Há uma verdadeira preocupação que me foi expressada com a ausência de jurisprudência na forma padrão dos contratos e nas mudanças da prática comercial” [tradução livre] (CWMGIEDD, Lord Thomas of. *Developing Commercial Law Through the Courts: Rebalancing the Relationship Between the Courts and Arbitration*. The Bailli Lecture, 2016, p. 2, 9-11. Disponível em: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/03/lcj-speech-baillilecture-20160309.pdf>>. Acesso em 19 mar 2022).

³⁹ Robert French, que atuou como Chief Justice of the High Court of Australia, nota que: “[t]here is a basis for legislative concern about the development of commercial law. Arbitration, by its very nature, has a limited capacity to contribute to the open and public development and coherence of international and domestic commercial law. Militating against its influence is the absence of a doctrine of precedent and generally private nature of the arbitral process” (FRENCH, Robert. *The State of the Australian Judicature*. Law Council of Australia and the Australian Bar Association, 29 April 2016. Disponível em: <<https://cdn.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/current-justices/frenchcj/frenchcj29Apr2016.pdf>> Acesso em 19 mar 2022.).

⁴⁰ Sobre o setor da construção, Beverly McLachlin, aposentado Chief Justice of Canada, declara: “The construction law tree looks different than it used to. It may not be dead, but new branches are not appearing as often as they once did. And old branches that need pruning are often neglected. The trend is clear. Fewer and fewer construction cases are reaching the courts where the law is developed. Increasingly, instead of being resolved by judges, construction disputes are being sent to mediation, arbitration, or other forms of [ADR]” (MCLACHLIN, Beverly. *Judging the Vanishing Trial in the Construction Industry*. *Construction Law International*, Vol. 5, Issue 2, 2010, p. 10).

Sobre o assunto, Cara North explica que essa preocupação, particularmente na *common law*, concentra-se no desenvolvimento do direito comercial, em especial do direito contratual⁴¹. Com razão, descreve que⁴²:

“Historically, common law systems were completely dependent on court judgments for developing important areas of law and for identifying and informing the legislature, through the rendering of decisions, of the need for reforms and revisions to the law. Without a steady stream of cases considering developments in commerce, it is conceivable that the law would be in danger of falling behind the commercial world.”

Ainda que não se observe reclamações de juristas civilistas sobre o assunto, o que provavelmente ocorre devido à maior relevância dada à lei como principal fonte do direito, cumpre atentar para dois relevantes pontos: (i) a aproximação dos direitos civilistas da *common law*, mediante a progressiva adoção de textos normativos abertos com conceitos jurídicos indeterminados, que precisam da interpretação do julgador para a aplicação no caso concreto⁴³; e (ii) o uso da arbitragem em setores específicos (e internacionalizados), que podem não ter regulação específica em lei.

No tocante ao primeiro ponto, nota-se o processo de transnacionalização dos conflitos e a formação do que se pode chamar de direito transnacional⁴⁴. Especialmente no âmbito da arbitragem comercial internacional, as partes, os advogados e os árbitros comumente pertencem a tradições jurídicas diferentes, razão pela qual se observa o desenvolvimento

⁴¹ “Historicamente, os sistemas de *common law* foram completamente dependentes nos julgamentos das cortes para o desenvolvimento de importantes áreas da lei para identificar e informar o legislador, por meio do proferimento de decisões, da necessidade de reformas e revisões na lei. Sem uma constante apreciação de casos que abarcam desenvolvimentos no comércio, é possível se conceber que a lei esteja em perigo de ficar para trás no mundo comercial” [tradução livre] (NORTH, Cara. *The Erosion of Commercial Law as a Consequence of Arbitration: Fact or Fiction*. ICC Dispute Resolution Bulletin, Issue 1, 2021, p. 58).

⁴² *Ibid.*

⁴³ “De vários anos a esta parte, ocorreu efetivamente poderoso movimento de recíproco avizinhamento entre as duas grandes famílias jurídicas, cujos efeitos manifestam-se igualmente sobre o plano do ordenamento judiciário e do direito jurisprudencial” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (trad.), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 124). CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 31.

⁴⁴ “[...] the term ‘transnational law’ to include all law which regulates actions or events that transcends national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not fit into such standard categories” (JESSUP. Phillip C. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956, p. 2).

de um quadro normativo sinérgico das regras da *common law* e de direitos civilistas (*i.e.*, direito transnacional), de modo a atender às expectativas de devido processo legal dos usuários⁴⁵. Tanto é assim que alguns autores chamam a arbitragem, dentre outras denominações, de “*procedural Esperanto*”⁴⁶, “*procedural lex mercatoria*”⁴⁷ ou “*lex arbitralis*”⁴⁸.

Sobre o tema, Loukas Mistelis afirma que a globalização das relações comerciais permite a criação orgânica de um sistema jurídico autônomo, que opera com base nas normas de direito – *rules of law* – e não nos sistemas jurídicos nacionais⁴⁹. Pode-se falar, assim, de uma “*lex arbitralis materialis*”, que consiste em regras transnacionais de direito material, em princípios gerais de direito e na prática das principais instituições arbitrais e dos escritórios de advocacia internacional⁵⁰.

Dessa forma, os tribunais arbitrais, como órgãos da *lex arbitralis*, em muito podem contribuir para o desenvolvimento do direito transnacional do comércio, bem como para a intensificação da convergência entre as famílias jurídicas.

⁴⁵ Um exemplo dessa sinergia se percebe no Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL. Disponível em: <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf>>. Acesso em 19 mar 2022. “*Rigid distinctions that exist between civil and common law approaches are not imposed upon international commercial arbitration [...] converging practices are now accepted in international arbitration practice as an acceptable non-national or transnational standard, irrespective of their legal background*” (LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003, pp. 556-557).

⁴⁶ BREKOULAKIS, Stavros. Chapter 1: Introduction: The Evolution and Future of International Arbitration. In BREKOULAKIS, Stavros; LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas D.M. (eds), *The Evolution and Future of International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Vol. 37, 2016, p. 9.

⁴⁷ NOTTAGE, Luke. *The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration*. Sydney Law School Research Paper No. 06/51, 2006, p. 4. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=838028>. Acesso em 19 mar 2022.

⁴⁸ MANGE, Flavia Foz. *Processo Arbitral: Aspectos Transnacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 114.

⁴⁹ “[...] in international commercial relations, the incremental organic creation of an autonomous system may be observed which operates on the basis of rules of law rather than legal systems - is appealing and increasingly well-founded” (MISTELIS. *Op. Cit.*, pp. 630-631).

⁵⁰ “Effectively, we could speak of a *lex arbitralis materialis* which consists of transnational substantive rules, general principles of law and practice as generally expressed in the work of leading arbitration institutions and international law firms” [grifou-se] (*Ibid.*, p. 631).

Sobre o segundo ponto (i.e., uso da arbitragem em setores específicos), destaca-se a notória prevalência da arbitragem nas disputas da indústria do óleo e gás. Nesse sentido, a *United States Court of Appeals for the Second Circuit* declarou que: “*there is a dearth of authority in New York relating to oil and gas leases*”⁵¹.

Contrariamente ao que ocorre no meio judicial, Van den Berg nota que nas últimas décadas deu-se um gradativo aumento de sentenças arbitrais internacionais da indústria do petróleo, que servem como fonte para a construção de um direito consuetudinário⁵². Ademais, a publicação de sentenças permitiu que os árbitros aprendam com casos antigos e sofisticuem sua fundamentação, fazendo surgir a *lex petrolea*, um subsistema do direito internacional⁵³. Nas suas palavras⁵⁴:

“This has not yet created a mature set of legal regulations, but it has developed the beginnings of a *lex petrolea* that serves to instruct, and in a certain sense even regulate – within broadly defined boundaries – the international petroleum industry”.

Existem também mercados que praticamente deixaram de utilizar a tutela jurisdicional oferecida pelo Estado, passando para um sistema centrado na “sanção social” – exclusão do comerciante não colaborativo – para fazer

⁵¹ ESTADOS UNIDOS, United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Beardslee v. Inflection Energy, LLC*, 31 jul 2014. FRANÇA, Corte de Cassação, 1a Câmara Cível, *Société PT Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices*, 29 jun 2007.

⁵² “[o]ver the past 25 years, **an increasing number of international arbitral awards relating to the petroleum industry have been published**. These public awards provide the source material from which customary law may be drawn” [grifou-se] (VAN DEN BERG, Albert Jan. *International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea. Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXIII, ICCA & Kluwer Law International, 1998, p. 1131).

⁵³ “As international arbitration continues to grow (provided that the publication of awards also continues), this *lex petrolea* may yet mature into a fully-developed subset of international law” (*Ibid.*, p. 1207). Nesse mesmo sentido: MARTIN, A. Timothy. *Lex Petrolea in International Law. Dispute Resolution in the Energy Sector: A Practitioner’s Handbook*, London: Globe Law & Business, 2012, p. 96.

⁵⁴ “Isso ainda não criou um conjunto maduro de regulações legais, mas desenvolveu o começo de uma *lex petrolea*, que serve para instruir e, em certo sentido, até mesmo regular – dentro de limites amplamente definidos – a indústria internacional do petróleo” [tradução livre] (VAN DEN BERG. *Op. Cit.*, p. 1207).

valer as decisões dos tribunais mercantis privados dessas instituições. Trata-se de espécies de “*private order institutions*”⁵⁵.

Também podem ser mencionadas a indústria marítima e a da construção/infraestrutura como outros setores que utilizam a via arbitral como principal forma de resolver conflitos⁵⁶.

No contexto brasileiro, Selma Lemes afirma que grande parte dos conflitos societários é dirimida por arbitragem, resultando numa “*escassez de jurisprudência*”⁵⁷. Desse modo, a publicação de sentenças arbitrais auxiliaria no conhecimento dos fundamentos jurídicos das decisões, tornando a jurisprudência arbitral um importante norte do direito material⁵⁸.

O que essa preocupação com o desenvolvimento do direito nos revela é uma oportunidade para que a arbitragem cumpra um importante papel para a interpretação, aplicação e criação de princípios e de normas, levando em conta a realidade econômica.

Evidentemente, a questão fulcral é o fato de que pouquíssimas sentenças arbitrais são publicadas, o que pode obstar a disseminação de novas interpretações jurídicas e o desenvolvimento de princípios transnacionais do direito comercial.

⁵⁵ “*Like diamond merchants, cotton merchants, and grain merchants, who have largely opted out of the public legal system by creating trade-association-run private legal systems to resolve disputes and support trade among their members, these buyers have structured their supplier relationships in ways that make the legal system largely irrelevant to their contracting relationships*” (BERNSTEIN, Lisa. Beyond Relational Contracts: Social Capital and Network Governance in Procurement Contracts. *Journal of Legal Analysis*, Vol. 7, N° 2, Winter, 2015, p. 562).

⁵⁶ “*The realm of maritime law is already recognised as an area in which rendering awards with reasons, due to its precedential value, has emerged as a practice. This is again due to the use of standardised contracts across the industry which requires uniform construction to provide predictability for industry transactions. [...] In the context of construction law, arbitrators have decided issues at the leading edge of the particular applicable laws. These include issues of good faith, prevention by one party of the other, changed market conditions, interpretation of standard form contracts and the concepts of penalties or liquidated damages*” (JONES, Douglas S. Arbitrators as Law-Makers. *Indian Journal of Arbitration Law*, Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, Jodhpur, Vol. VI, Issue 2, 2017, p. 22).

⁵⁷ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em Números e Valores*. Período de 2017 (jan./dez.) a 2018 (jan./dez.), 2019, p. 7. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>>. Acesso em 19 mar 2022.

⁵⁸ *Ibid.*

1.3. A Recente Exigência da Transparência na Arbitragem

Considerando a prestigiosa posição da arbitragem como sistema transnacional de justiça, os seus praticantes e estudiosos progressivamente reconhecem a importância de conferir maior transparência ao instituto. Esse entendimento visa preservar a confiança dos usuários e garantir o contínuo crescimento e aceitação da arbitragem no mundo contemporâneo⁵⁹.

Nesse contexto, a preocupação revelada no subcapítulo anterior possui intrínseca relação com a transparência do processo arbitral. A principal falha da arbitragem no que concerne ao desenvolvimento do direito se relaciona com a falta de publicação de sentenças arbitrais⁶⁰. Dessa forma, devido à tradicional confidencialidade do instituto, relevantes decisões só são conhecidas pelas partes, quando são judicializadas ou, ainda, por meio de rumores na comunidade arbitral⁶¹.

O problema, identificado no século XIX por Jeremy Bentham, se relaciona com o próprio sentido de justiça⁶²:

⁵⁹ SAMRA, Harout; AZAR, Cecilia. ICC Ushers in New Era of Transparency. *ICC Dispute Resolution Bulletin*, Issue I, 2017, p. 109.

⁶⁰ “[...] the lack of publication, the lack of transparency, the difficulty or impossibility of getting such awards into the public domain, a fortiori in the light of institutional rules which bar any challenge or appeal to the courts whatsoever, mean that our commercial law is going underground. As more and more international commercial cases go to arbitration rather than the courts, we are more and more losing sight of the basic feedstock of our commercial law.” (SIX, Bernard. *Confidentiality in International Arbitration: Virtue or Vice?* Jones Day Professorship in Commercial Law Lecture. Singapore Management University, Singapore, 2016, pp. 18-19).

⁶¹ “we have got excellent retired judges who sit as arbitrators [...] it is very, very undesirable that we are entering into a stage where great legal minds have retired from the bench, are giving awards and setting out principles which are known only to the cognoscenti. This is not good. So I think there is a very fruitful avenue here in exploring this” (CWMGIEDD, Lord Thomas of. Launch of TheCityUK’s Legal Services Report 2016, §16. Disponível em: <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/10/lcj-speech-launch-of-thecityuk-legal-services-report-2016.pdf>> Acesso em 19 mar 2022). “77% of respondents use “word of mouth” as the source of information about arbitrators” (Queen Mary University of London em colaboração com o escritório White & Case. *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, 2018, p. 7. Disponível em: <<https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>> Acesso em 19 mar 2022).

⁶² “Publicidade é a própria alma da justiça. É o mais profundo incentivo para a excelência, e é a forma mais segura de se defender da improbidade. Ela mantém o juiz consciente de si, quando em um julgamento. [...] É por meio somente da publicidade que a justiça se torna a mãe da segurança. Através da publicidade, o templo da justiça é convertido em uma escola de primeira ordem, em que os mais importantes galhos da moralidade são exercidos, pelas maneiras mais impressionantes: em um teatro, onde o esporte da imaginação dá plano para exibições mais interessantes da vida real”

“Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion, and the surest of all guards against improbity. It keeps the judge himself, while under trial. [...] **It is through publicity alone that justice becomes the mother of security.** By publicity, the temple of justice is converted into a school of the first order, where the most important branches of morality are enforced, by the most impressive means: into a theatre, where the sports of the imagination give place to the more interesting exhibitions of real life” [grifou-se]

Seguindo o raciocínio de Bentham, Juan Fernández-Armesto argui que a publicação de sentenças arbitrais se relaciona com a qualidade, a legitimidade e a consistência da arbitragem internacional⁶³. Nesse sentido, afirma que: “[p]ublicity is one of the basic pillars of justice” e que, atualmente, a arbitragem expandiu as suas fronteiras se tornando “*a truly worldwide system for the adjudication of economic disputes*”, motivo pelo qual “[s]ecrecy is increasingly difficult to justify”⁶⁴.

Considerando que transparência é um requisito básico para qualquer sistema jurídico legítimo, percebe-se um forte movimento em favor da disponibilização de informações sobre os árbitros, para facilitar a escolha das partes⁶⁵, até a publicação de sentenças arbitrais, a fim de promover um sistema de resolução de disputas mais adequado ao comércio internacional⁶⁶.

[tradução livre] (BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham*. published under the superintendence of his executor, John Bowring. Vol. IV, New York: Russel & Russel · INC, 1962, pp. 316-317).

⁶³ FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. The Time has come – A Plea for Abandoning Secrecy in Arbitration. *Les Cahiers de l'Arbitrage*. The Paris Journal of International Arbitration, nº 3, 2012, p. 585.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 585-586.

⁶⁵ “Institutions have made commendable efforts to respond to user concerns with initiatives and protocols designed to reduce the time and cost of arbitration, but for these initiatives to realize their full potential, another need must first be addressed: users and practitioners require reliable information about whether they are being implemented in actual practice, as well as other, standardized information about performance that would allow them to choose, and reward, those institutions and arbitrators whose actual conduct of proceedings most closely matches their expectations” (MCILWRATH, Michael; SCHROEDER, Roland. Transparency in International Arbitration: What Are Arbitrators and Institutions Afraid Of? In *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*. The Fordham Papers, 2010, p. 333).

⁶⁶ “Above all, the systematic publication of arbitration awards would show that not only is arbitration an alternative to national courts as a system of dispute settlement, but it would prove conclusively that arbitration is the most appropriate forum in which to resolve disputes arising out of international commerce” (LEW, Julian D. M. *The Case for the Publication of Arbitration Awards*. In: *The Art of Arbitration*. Essays on International Arbitration Liber Amicorum Pieter Sanders. Jan C. Schultz. Albert Jan van Den Berg (eds.), Kluwer, Deventer, The Netherlands, 1982, p. 232).

Nesse contexto, Catherine Rogers, apoiada no conceito de “*rule of law*” de Lon Fuller, que exige conhecimento prévio dos jurisdicionados sobre o direito vigente⁶⁷, declara que⁶⁸:

“Ultimately, the international arbitration community's voluntary movement toward greater transparency was made by parties who have collectively decided that they need predictable, rule-based adjudication of their disputes. Having opted for a system that aims to bring a Rule of Law to international commercial disputes, parties and those providing legal services cannot pull the curtains around the system and turn out the lights. **Transparency is an inherent feature of the Rule of Law. If international commercial arbitration's users want the benefits of a rule-based system, they cannot reject the transparency that comes with it**” [grifou-se]

Visto que existe um posicionamento favorável no que tange ao aumento da transparência, cabe a seguinte pergunta: o que os usuários da arbitragem pensam sobre o assunto?

De acordo com a pesquisa de 2018⁶⁹ da Queen Mary University of London em colaboração com o escritório White & Case, as três características mais valorizadas na arbitragem são: (i) a executoriedade das sentenças arbitrais; (ii) a possibilidade de evitar cortes nacionais; e (iii) a

⁶⁷ “The demands of the inner morality of the law, however, though they concern a relationship with persons generally, demand more than forbearances; they are, as we loosely say, affirmative in nature: make the law known, make it coherent and clear, see that your decisions as an official are guided by it, etc. To meet these demands human energies must be directed toward specific kinds of achievements and not merely warned away from harmful acts” (FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Revised Edition. New Haven and London: Yale University Press, 1969, p. 42).

⁶⁸ “Ultimamente, o movimento voluntário da comunidade internacional da arbitragem em direção a maior transparência foi feito por partes que coletivamente decidiram que precisavam de uma adjudicação previsível e baseada em regras para as suas disputas. Ao optarem por um sistema que almeja trazer a Regra de Direito para as disputas comerciais internacionais, as partes e os que proporcionam esses serviços jurídicos não podem acobertar o sistema e pagar as luzes. A transparência é uma característica inerente da Regra de Direito. Se os usuários da arbitragem comercial internacional desejam os benefícios de um sistema baseado em regras, eles não podem rejeitar a transparência que vem junto com esse sistema” [tradução livre] (ROGERS, Catherine A. *Transparency in International Commercial Arbitration*. *Kansas Law Review*, Vol. 54, 2006, p. 1337).

⁶⁹ Segundo a pesquisa de 2018, “[t]he 2015 survey results were almost identical: the exact same five characteristics were chosen by respondents as the most valuable features of arbitration, with very similar percentages. This consistency suggests that these five characteristics have come to be regarded as the true central pillars of the entire arbitral system and that they are likely to continue to be seen as its most significant strengths in the future as well” (Queen Mary University of London em colaboração com o escritório White & Case. *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, 2018, p. 7. Disponível em: <<https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>> Acesso em 19 mar 2022).

flexibilidade do procedimento⁷⁰. Confidencialidade e privacidade ficaram em quinto lugar, após a escolha dos árbitros pelas partes. Interessante notar que 46% dos advogados internos das partes (que compõe o departamento jurídico de empresas) selecionaram confidencialidade e privacidade entre as três principais características da arbitragem⁷¹.

Em relação à medida da importância da confidencialidade para a arbitragem comercial internacional, 73% dos entrevistados entende que, ao menos, a confidencialidade é bem importante (“*Quite important*”), com 40% selecionando muito importante (“*Very important*”)⁷².

Em outra pesquisa da Queen Mary University of London, dessa vez com o escritório Pinsent Masons, os entrevistados selecionaram confidencialidade e privacidade como a terceira principal razão para se escolher arbitragem em relação às cortes estatais nas disputas de construção⁷³.

Por fim, menciona-se a recentíssima pesquisa do Comitê Brasileiro de Arbitragem (“CBAr”) em parceria com a Ipsos. Segundo os entrevistados, a confidencialidade é a quarta característica mais importante da arbitragem, quando comparada ao processo judicial no Brasil⁷⁴.

⁷⁰ “The two most frequently selected options were “enforceability of awards” (64%) and “avoiding specific legal systems/national courts” (60%). This reinforces the continued success of the New York Convention and the benefit to parties of eluding the potential biases and specificities of domestic courts. The third and fourth spots were taken by “flexibility” (40%) and “ability of parties to select arbitrators” (39%), respectively, followed in fifth place by “confidentiality and privacy” (35%)” (Ibid.).

⁷¹ “46% of in-house counsel selected “confidentiality and privacy” among the top 3 most valuable characteristics of arbitration” (Ibid.).

⁷² Ibid., p. 28.

⁷³ “We also asked respondents why parties chose construction arbitration over the courts. We asked respondents to choose any number of fifteen responses. The three most frequently selected reasons were to avoid legal systems or national courts (63%), the ability to select arbitrators (55%) and confidentiality and privacy (52%).” (Queen Mary University of London em colaboração com o escritório Pinsent Masons. *International Arbitration Survey: International Construction Disputes*. 2019, p. 22).

⁷⁴ Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) em colaboração com Ipsos. *Arbitragem no Brasil*, 2021, p. 21.

Nota-se, com as pesquisas apresentadas, um grande destaque para a confidencialidade/privacidade, que constitui um dos principais fatores de atração para os usuários no contexto dos conflitos comerciais.

Noutro lado do espectro, ainda na pesquisa de 2018 da Queen Mary University of London, os entrevistados reclamaram sobre a escassez de informações acerca dos árbitros⁷⁵. Quando perguntados sobre qual tipo de informação gostariam de obter, as duas principais respostas foram: (i) o acesso a sentenças e decisões arbitrais prévias; e (ii) a abordagem do árbitro nas questões de mérito. Nesse sentido, veja-se o resumo da pesquisa⁷⁶:

“Firstly, previous decisions and awards rendered by arbitrators appear to be the pieces of information respondents would like to have. Respondents tend to find awards relevant particularly for the data they contain on procedural approaches. [...] **Secondly, interest was also shown in how substantive issues were dealt with: respondents wish to learn more about the legal issues that arbitrators have grappled with in past proceedings.** Equally, several responses mentioned the users’ need to gain more insight into the approach arbitrators take with respect to the merits of disputes. For example, does their reasoning reflect what a respondent called a ‘black letter’ approach or are they likely to adopt a more ‘commercial’ stance? [...] **Many opined that publishing awards is likely to provide valuable insight into individual arbitrators’ general approaches,** even where a degree of redaction is to be expected” [grifou-se]

Na pesquisa do CBAr, quando perguntados sobre se autorizariam a publicação de sentenças arbitrais nos procedimentos em que atuam, 73% dos entrevistados respondeu que sim, de um total de 215 entrevistas⁷⁷. Veja-se abaixo que a distribuição em categorias (*i.e.*, árbitro, advogado e advogado

⁷⁵ “[...] do you have access to enough information about arbitrators? [...] merely 57% of in-house counsel replied “yes” to this question, which is indicative of the fact that the scarcity of information about arbitrators and the need for more transparency in this regard is particularly apparent in the in-house counsel subgroup” (Queen Mary University of London em colaboração com o escritório White & Case. *Op. Cit.*, p. 21).

⁷⁶ “Em primeiro lugar, as decisões prévias e as sentenças proferidas pelos árbitros parecem ser as informações que os entrevistados gostariam de ter. Eles responderam que sentenças são particularmente relevantes pelos dados que contém quanto às abordagens processuais. [...] Em segundo lugar, há interesse também em como as questões substantivas foram tratadas: os entrevistados querem saber mais sobre as questões jurídicas que os árbitros se depararam em procedimentos passados. Igualmente, diversas respostas mencionaram a necessidade de os usuários terem maior compreensão na abordagem dos árbitros com respeito aos méritos das disputas. Por exemplo, a sua fundamentação reflete o que se chama de abordagem da ‘carta preta’ ou eles são propensos a adotar uma postura mais ‘comercial’. Muitos opinam que publicar sentenças pode proporcionar uma compreensão valiosa quanto às abordagens individuais dos árbitros, mesmo em situações que certo nível de anonimização seja esperado” [tradução livre] *Ibid.*, pp. 21-22.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 28-29.

interno) pouco muda a receptividade dos entrevistados quanto à publicação de sentenças arbitrais. Os advogados internos foram os que mais autorizariam a publicação de sentenças arbitrais⁷⁸:



(figura 1)

Tais respostas demonstram uma expectativa por parte dos usuários de aumento da transparência da arbitragem, ainda que mantida a sua confidencialidade.

Na edição de 2017 da conferência de arbitragem mais importante da Áustria, (*i.e.*, *Vienna Arbitration Days*) os participantes descreveram a transparência como crucial para a comunidade arbitral, visto que⁷⁹:

“Students and young associates seek a comprehensive body of law to learn from. Experienced practitioners rely on case law to formulate arguments and discern trends in jurisprudence. Arbitrators appreciate guidance by an established body of law; which certainly also fosters legal certainty and predictability.”

Reconhecem, no entanto⁸⁰:

“[...] a lesser need for Transparency of Proceedings in commercial arbitration. This, because **the benefits of transparency must be weighed against parties’ legitimate interest in having their disputes heard in swift and confidential proceedings.** A market need that commercial arbitration does and should fill” [grifou-se]

⁷⁸ *Ibid.*, p. 29.

⁷⁹ “Estudantes e jovens associados buscam um corpo de direito compreensivo para aprender. Praticantes experientes apoiam-se em casos passados para formular argumentos e discernir tendências na jurisprudência. Árbitros apreciam a orientação de um corpo estabelecido de direito; que também promove segurança jurídica e previsibilidade” [tradução livre] (PERNT, Victoria. How Much (More) Transparency Does Commercial Arbitration Really Need? *Kluwer Arbitration Blog*, 2017. Disponível em: < <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/03/04/how-much-more-transparency-does-commercial-arbitration-really-need/>>. Acesso em 19 mar 2022).

⁸⁰ “[...] uma menor necessidade de Transparência dos Procedimentos na arbitragem comercial. Isso porque os benefícios da transparência devem ser sopesados com o legítimo interesse das partes de ter a resolução das suas disputas em procedimentos céleres e confidenciais” [tradução livre] (*Ibid.*).

O entendimento dos participantes do “*World Café*” (apelido para referida conferência) coincide perfeitamente com o resultado das pesquisas da Queen Mary University of London e do CBAr.

Dessa forma, pode-se responder com segurança que os usuários da arbitragem querem que o instituto seja mais transparente, equilibrando a transparência a uma adequada confidencialidade, sensível ao contexto de um método de resolução de disputas comerciais.

Conclui-se, diante do exposto, que a recente exigência de transparência por parte de professores, árbitros, advogados, usuários e até mesmo de juízes, especialmente de países da *common law*, é uma questão crucial a ser enfrentada pela comunidade arbitral, de modo a transformar um meio adjudicatório de conflitos em uma legítima ordem autônoma de justiça.

1.4. Importância das Instituições Arbitrais

A arbitragem, para que seja considerada uma ordem jurídica autônoma, não poderia existir em um vácuo regulatório⁸¹. Precisa de regras próprias que reflitam a realidade desse sistema de justiça transnacional. Para além das significativas convenções internacionais e lei estatais, nota-se, também, a criação de *guidelines*, regras e regulamentos relativos ao processo arbitral, por parte de atores não estatais⁸².

⁸¹ MOURRE, Alexis. Arbitral Institutions and Professional Organizations as Lawmakers. In KALICKI, Jean Engelmayer; RAOUF, Mohamed Abdel (eds.), *Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*. ICCA Congress Series, Vol. 20, 2019, p. 87.

⁸² *Ibid.*, p. 88.

É nesse contexto que operam as instituições arbitrais⁸³. Elas são uma das principais razões para o sucesso da arbitragem internacional⁸⁴. Como descrevem Dezalay e Garth, a institucionalização da arbitragem permitiu o desenvolvimento “*of a collective legitimacy dependent not on individual notables but rather on "the ICC" or even "law" or "international commercial arbitration"*”⁸⁵.

Devido à relevância dada à arbitragem institucional para a formação da moldura normativa do instituto, cabe uma breve análise sobre como as instituições arbitrais contribuem para o desenvolvimento da legitimidade e transparência da arbitragem moderna.

Atenta aos anseios da comunidade arbitral, a Câmara de Comércio Internacional (“CCI”)⁸⁶ se preocupa com a transparência (e consequentemente legitimidade) da arbitragem comercial. De acordo com a CCI, o aumento de informações disponíveis às Partes, à comunidade corporativa e à academia é a chave para assegurar que o processo arbitral continue como uma confiável ferramenta para a facilitação do comércio⁸⁷. Por esse motivo, e em linha com o resultado das pesquisas mencionadas no

⁸³ As instituições arbitrais possuem as seguintes características fundamentais: (i) serem organizações permanentes; (ii) possuírem determinado conjunto de regras arbitrais (regulamentos); e (iii) oferecerem assistência na condução do procedimento e na implementação das regras escolhidas pelas partes. Nesse sentido, ver: GAUDET, Michel. *La Coopération des Juridictions Etatiques À l'Arbitrage Institutionnel*. Association Suisse de l'Arbitrage, Kluwer Law International, Vol. 6, Issue 2, 1988, p. 101.

⁸⁴ TRIGO, Ana Coimbra; GOUVEIA, Mariana França. Liability of Arbitral Institutions: a case law overview. In BOSCO, Lee; MANGE, Flavia (eds.), *Revista Brasileira de Arbitragem*, Kluwer Law International, Vol. XV, Issue 60, 2018, p. 59.

⁸⁵ “*de uma legitimidade coletiva dependente não em notáveis indivíduos, mas sim na “CCI” ou até mesmo na “lei” ou na “arbitragem comercial internacional”*” [tradução livre] (DEZALEY; GARTH. *Op. Cit.*, p. 46).

⁸⁶ Fundada em 1919, após a primeira guerra mundial, na *International Trade Conference*, a Câmara de Comércio Internacional (“CCI”) surgiu com o objetivo de salvaguardar a paz por meio da prosperidade econômica. Não por outro motivo, seus fundadores são descritos como “*merchants of peace*”. A afirmação de sobre os fundadores da CCI como “*merchants of peace*” está disponível em: <<https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/history/>>. Acesso em 19 mar 2022. Segundo Dezalay e Garth: “*The ICC is the most universal of the arbitral institutions, able to brag even about having become a sort of United Nations of commerce and of international arbitration. With members from some one hundred nations and national committees in sixty, it offers a powerful image of neutrality and legitimacy.*” (*Ibid.*, p. 45).

⁸⁷ Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration, 1 January 2021, §50.

subcapítulo 1.3, trata de fazer o “*arbitration process more transparent without compromising the parties’ expectations, if any, of confidentiality*”⁸⁸.

Consoante essa política, a CCI autoriza a publicação de trechos de sentenças arbitrais (i) no *ICC Court Bulletin*; (ii) na *Collection of ICC Arbitral Awards*; (iii) no *Yearbook Commercial Arbitration*; (iv) no *Journal du Droit International (Clunet)*; e (v) no *Les Cahiers de l’Arbitrage*⁸⁹. Ademais, menciona-se a recente parceria da CCI com a JusMundi. Por meio dessa colaboração, a JusMundi, uma relevante plataforma de pesquisa de arbitragem e de direito internacional, proporciona aos seus usuários completo acesso a todas as sentenças arbitrais CCI passíveis de publicação a partir de 2019⁹⁰.

⁸⁸ “o processo arbitral mais transparente sem comprometer as expectativas das partes, se existirem, de confidencialidade” [tradução livre] (*Ibid.*), §51. Confirma-se comentário da CCI quanto à publicação de sentenças arbitrais: “Publicising and disseminating information about arbitration has been one of ICC’s commitments since its creation and an instrumental factor in facilitating the development of trade worldwide” (*Ibid.*, §56).

⁸⁹ “All extracts from ICC arbitral awards that have been published in the ICC International Court of Arbitration Bulletin from 1990 to date. They provide examples of the decisions that have been made by ICC arbitrators since 1985 in a wide variety of subject areas. Summaries of ICC arbitral awards originally published in the *Cahiers de l’arbitrage of the Gazette du Palais*” (Disponível em: <<https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm>>). “Since 1974, when the ICC first contributed a number of the awards rendered under its aegis for publication in excerpted form in the *Journal du droit international*, it has become increasingly common for advocates in international arbitrations to cite published awards in support of their contentions. [...] A similar digest in English has appeared since 1976 in the *Yearbook Commercial Arbitration* published by the International Council for Commercial Arbitration (ICCA). MM. Jarvin and Derains have reproduced all the ICC awards published in these two sources [in the *Collection of ICC Arbitral Awards*]” (PAULSSON, Jan. *Collection of ICC Arbitral Awards: Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985* edited by Sigvard Jarvin and Yves Derains. In *Arbitration International*, Vol. 6, Issue 3, 1990, p. 300).

⁹⁰ Informações sobre a parceria disponível em: <<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-and-jus-mundi-launch-partnership-to-publish-icc-arbitral-awards/>>. Para que uma sentença arbitral seja publicada ela (i) não pode ter objeção de quaisquer das partes; (ii) toda informação pessoal deve ser anonimizada; e (iii) a CCI deve aprovar a versão digital da sentença. Informações disponíveis em: <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/publication-of-icc-arbitral-awards-with-jus-mundi/>>.

Na mesma linha da CCI⁹¹, diversas outras instituições permitem a publicação de sentenças arbitrais em um formato anônimo, se não existir objeção expressa das partes⁹².

Sentenças emitidas sob as regras da *Stockholm Chamber of Commerce* (“SCC”) foram publicadas na *Law Journal of the Stockholm Chamber of Commerce*, entre os anos de 1999 e 2009⁹³. O *International Centre for Dispute Resolution* (“ICDR”) of the *American Arbitration Association* (“AAA”), no seu regulamento revisado de 2021, permite a publicação de “selected awards, orders, decisions, and rulings”⁹⁴. O *Singapore International Arbitration Centre* (“SIAC”) autoriza a publicação de sentenças com a anonimização das informações pessoais das partes⁹⁵. O *Vienna International Arbitration Centre* (“VIAC”) publica, de forma anônima, sumários ou trechos de sentenças arbitrais em revistas jurídicas ou nas publicações do VIAC⁹⁶. Por fim, menciona-se a *Milan Arbitration Chamber* (“MAC”), que autoriza a publicação de sentenças anonimizadas para servir de material de pesquisa⁹⁷.

⁹¹ Dezaley e Garth notam que a CCI é líder na “bureaucratization”, razão pela qual se pode afirmar que a vários avanços da CCI são vistos com bons olhos pelas demais instituições arbitrais: “Even if the ICC has lost its position as *quase monopoly*, it remains the central institution. [...] The ICC has therefore become one of the principal places where the politics of arbitration is elaborated and express. [...] The emergence of institutional networks around the ICC can also be seen as a true microcosm of the legal field” (DEZALEY; GARTH. *Op. Cit.*, pp. 45-46).

⁹² REYMOND-ENIAEVA, Elza. *Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration*. *European Yearbook of International Economic Law Monographs – Studies in European and International Economic Law*, Vol. 7, 2019, p. 135.

⁹³ *Ibid.*, p. 138.

⁹⁴ Artigo 40.4 do Regulamento ICDR: “The ICDR may also publish selected awards, orders, decisions, and rulings that have been edited to conceal the names of the parties and other identifying details unless a party has objected in writing to publication within 6 months from the date of the award”.

⁹⁵ Artigo 32.12 do Regulamento SIAC: “SIAC may, with the consent of the parties and the Tribunal, publish any Award with the names of the parties and other identifying information redacted”.

⁹⁶ Artigo 41 do Regulamento VIAC: “The Board and the Secretary General may publish anonymized summaries or extracts of awards in legal journals or VIAC’s own publications, unless a party has objected to publication within 30 days upon receipt of the award”.

⁹⁷ Artigo 8.2 do Regulamento MAC: “For purposes of research, the Chamber of Arbitration may publish or agree to publish the arbitral award in anonymous format, unless any of the parties objects to publication within 30 days from the filing of the arbitral award”.

Sobre o tema, Antônio Pinto Leite declara que as instituições de arbitragem têm um papel decisivo para o desenvolvimento da arbitragem⁹⁸:

“[...] conformando o sistema arbitral internacional, quer mediante a criação de regulamentos que contêm as regras processuais aplicáveis, incluindo a regra relativa ao sigilo, quer através da competência que reservam para si no que respeita à administração das arbitragens”.

No entanto, assevera, acertadamente, que a publicação de sentenças arbitrais pelas câmaras está longe do patamar desejável⁹⁹. Acerca do assunto, destaca o fundamental papel das instituições arbitrais “*no desenvolvimento da jurisprudência arbitral*”¹⁰⁰.

Trata-se, portanto, de um movimento das instituições arbitrais que atende ao desejo do usuário de maior transparência com manutenção da confidencialidade. Conforme os próprios entrevistados pela Queen Mary University of London de 2018, as instituições arbitrais estão em uma posição privilegiada para garantir o acesso à informação na arbitragem¹⁰¹. É por isso que cada vez mais instituições arbitrais seguem o lema da CCI de “*legitimacy of arbitration through information*”¹⁰².

⁹⁸ LEITE, Antônio Pinto. Papel das Instituições de Arbitragem na Construção da Jurisprudência Arbitral – a Procura das Melhores Práticas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. XI, Issue 41, p. 114.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 107.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ “[...] respondents tended to point towards arbitral institutions for further assistance. Some contended that institutions are in the best position to publish data on arbitrators’ procedural approaches but advanced no practical suggestions as to how this kind of knowledge could be gathered in the first place” (Queen Mary University of London em colaboração com o escritório White & Case. *Op. Cit.*, p. 21). Juan Fernández-Armesto aponta que a mudança na transparência deve ocorrer no âmbito das instituições arbitrais, devendo alterar as suas regras para que “commercial awards [...] be published, except if both parties if both parties have agreed, in the arbitrations clause or during the procedure, that the decision should remain secret” (FERNÁNDEZ-ARMESTO. *Op. Cit.*, p. 585).

¹⁰² “legitimidade da arbitragem por meio da informação” [tradução livre] (Palavras da atual presidente da CCI, Claudia Solomon. Disponível em: <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/publication-of-icc-arbitral-awards-with-jus-mundi/>>. Acesso em 19 mar 2022).

CAPÍTULO 2 – A TRANSPARÊNCIA NECESSÁRIA PARA O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO

Ao longo do presente estudo, analisou-se a existência de uma ordem jurídica arbitral, do papel da arbitragem no desenvolvimento do direito e como é, cada vez mais, exigida a transparência para a legitimidade do instituto. Nesse sentido, também se apontou a relevância da arbitragem como uma “*procedural Esperanto*” em relação às tradições civilista e da *common law*.

Assim sendo, considerando que a transparência é chave para o desenvolvimento da arbitragem como meio legítimo e transnacional de justiça, cabe questionar a medida necessária de transparência do instituto para que, ao mesmo tempo, sejam salvaguardados os interesses dos usuários em um método de resolução de disputas confidencial e o interesse na crescente exigência de transparência na arbitragem.

Neste capítulo, trata-se da medida necessária da transparência para o desenvolvimento do direito, passando pelas discussões sobre (i) o *Acesso Público ao Procedimento Arbitral*; (ii) a *Divulgação do Conteúdo das Decisões Arbitrais*; (iii) o *Problema da Confidencialidade*; e (iv) os argumentos favoráveis e contrários à *Publicação de Sentenças Arbitrais*.

2.1. Acesso Público ao Procedimento Arbitral

O acesso público a um procedimento adjudicatório se refere ao direito de um indivíduo, não pertencente à lide, de ter acesso àquele determinado processo (*e.g.*, assistir audiências, tomar ciência de decisões etc.)¹⁰³.

Embora se enquadre como um direito individual, fato é que o seu propósito é de facilitar o monitoramento público de juízes, impedir o abuso

¹⁰³ ROGERS. *Op. Cit.*, p. 1304.

de autoridade e contribuir para a qualidade do sistema judicial¹⁰⁴. Dessa forma, muitos apresentam o acesso público ao procedimento adjudicatório como parte da transparência¹⁰⁵.

No entanto, tal afirmação não é precisa, especialmente considerando o contexto da arbitragem comercial internacional. Como bem explica Catherine Rogers, que sentido faria insistir no direito de um cidadão brasileiro a assistir uma audiência arbitral na Áustria de um caso entre partes chinesas e russas, que é regido pela lei alemã¹⁰⁶? Certamente não se trata de uma característica inerente à transparência, em que pese o acesso público seja uma ferramenta para a sua promoção¹⁰⁷.

Veja-se que os exemplos de acesso público a procedimentos arbitrais guardam relação com a matéria objeto da arbitragem e as partes litigantes¹⁰⁸. Nas arbitragens de investimento, em que uma das partes é um Estado, a disponibilização de informações e de documentos é extremamente importante e contribui para o seu enquadramento jurídico legítimo, pautado na transparência e na boa governança¹⁰⁹.

No caso das arbitragens com a administração pública no Brasil, impõe-se o princípio da publicidade, disciplinado na Lei nº 13.129/2015¹¹⁰. Pode-se, por exemplo, facilmente ter acesso, no site da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, aos procedimentos arbitrais em que o Estado de São

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 1304.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 1305.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 1306.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ HADDAD, Ana Olivia Antunes. *Transparência no Processo Arbitral*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 155.

¹⁰⁹ “Believing that rules on transparency in treaty-based investor-State arbitration would contribute significantly to the establishment of a harmonized legal framework for a fair and efficient settlement of international investment disputes, increase transparency and accountability and promote good governance” (Resolução nº 68/109 adotada pela Assembleia Geral da ONU em 16 de dezembro de 2013, p. 1-2).

¹¹⁰ Lei de Arbitragem, art. 2º, §3º: “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)”.

Paulo é parte, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça¹¹¹.

Em setores regulados, como o de mercado de capitais e de energia, também se exige certo grau de publicização. No contexto das companhias com ações negociadas em bolsa, a disputa arbitral “*que possa vir a afetar a situação econômico-financeira da companhia*” se configura como fato potencialmente relevante e, portanto, deve ser divulgado, nos termos da Resolução nº 44/21 da CVM¹¹².

No ambiente de contratação livre de energia elétrica, por sua vez, a convenção de arbitragem da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (“CCEE”) obriga a Câmara FGV de Arbitragem e Mediação, única autorizada pela Aneel a dirimir conflitos entre agentes desse meio, a divulgar extratos de sentenças arbitrais para árbitros e agentes da CCEE¹¹³.

Nota-se que, em todos esses contextos, existe uma justificativa para a publicização do procedimento arbitral. Nas arbitragens de investimento e nas domésticas com a administração pública: o interesse público¹¹⁴; nos

¹¹¹ Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/default.asp?TKU=&IDProc=7&#team. Acesso em 19 mar 2022.

¹¹² Art. 2º, parágrafo único, xxii da Resolução nº 44/21 da CVM: “*Parágrafo único. Observada a definição do caput, são exemplos de ato ou fato potencialmente relevante, dentre outros, os seguintes: [...] XXII – pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, requerimento de falência ou propositura de ação judicial, de procedimento administrativo ou arbitral que possa vir a afetar a situação econômico-financeira da companhia*”.

¹¹³ Cláusula 16 da convenção de arbitragem da CCEE: “*A Câmara disponibilizará aos árbitros do Tribunal Arbitral os extratos de sentenças já proferidas decorrentes desta CONVENÇÃO, que poderão ser consideradas para efeito meramente orientativo*”. Cláusula 19 da convenção de arbitragem da CCEE: “*Caberá à Câmara divulgar o extrato da sentença arbitral a todos os SIGNATÁRIOS, exceto aqueles que tenham sido parte no procedimento arbitral, no prazo de 5 (cinco) dias contados da data em que foi proferida, observado o disposto na CLÁUSULA 18*”. Definição de agentes da CCEE, conforme o art. 2º da Resolução Normativa ANEEL Nº 957 DE 07/12/2021: “*concessionário, permissionário e autorizado de serviços ou instalações de energia elétrica, detentor de registro de empreendimento de geração, consumidor livre e consumidor especial que seja associado à CCEE*”. Sobre o tema, ver: HADDAD. Op. Cit., pp. 155-156.

¹¹⁴ “*Recognizing the need for provisions on transparency in the settlement of such treaty-based investor-State disputes to take account of the public interest involved in such arbitrations*” (Resolução nº 68/109 adotada pela Assembleia Geral da ONU em 16 de dezembro de 2013, p. 1). JÚDICE, José Miguel. Confidencialidade e Transparência em Arbitragens de Direito Público. In SOUSA, Marcelo Rebelo de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz (Coords). *Liber Amicorum Fausto de Quadros*. 1ª ed., Vol. I, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 93-94.

procedimentos de companhias abertas: o interesse dos investidores; e nas disputas de energia elétrica: o interesse dos demais agentes da CCEE, considerando a característica sistêmica *sui generis* desse setor¹¹⁵.

No entanto, a mesma justificativa não se aplica indistintamente às demais arbitragens, em que não haveria a necessidade de informar a existência ou de possibilitar o acesso aos autos desses procedimentos a terceiros não pertencentes à relação litigiosa. Seria necessária uma legítima justificativa para levantar o véu da confidencialidade, que, embora não inerente ao processo arbitral, é de extrema importância para os usuários, como visto no subcapítulo 1.3.

Para além da ausência de justificativa, o acesso público aos autos não se configura como uma medida eficiente. Os usuários somente desejam ter acesso ao conteúdo da sentença arbitral e não que seja publicizado por completo o procedimento. O que importa, conforme se confirmou no subcapítulo 1.3, é o mérito das decisões dos árbitros. A pretensão de tornar as arbitragens comerciais públicas provavelmente teria o efeito de afastar potenciais usuários, por não terem um ambiente privado para solucionarem os seus conflitos, do que o de resolver o problema da transparência¹¹⁶. Conforme se demonstrará a seguir, pode-se satisfazer tal expectativa dos usuários sem que seja necessário conceder amplo acesso aos autos dos procedimentos.

2.2. Divulgação do Conteúdo das Decisões Arbitrais

¹¹⁵ Dentre as peculiaridades das arbitragens da CCEE, destaca-se previsão, contida na Cláusula 13 da Convenção de Arbitragem, de a Câmara de Arbitragem veicular a cópia do requerimento de arbitragem para os demais agentes da CCEE, de modo a que se permita a manifestação de interesse de terceiros em integrar um dos polos da relação arbitral.

¹¹⁶ “*Firstly, previous decisions and awards rendered by arbitrators appear to be the pieces of information respondents would like to have. [...] Secondly, interest was also shown in how substantive issues were dealt with: respondents wish to learn more about the legal issues that arbitrators have grappled with in past proceedings. Equally, several responses mentioned the users’ need to gain more insight into the approach arbitrators take with respect to the merits of disputes*” (Queen Mary University of London em colaboração com o escritório White & Case. *Op. Cit.*, pp. 21-22).

A demanda de maior transparência no conteúdo decisório dos árbitros existe e deve ser tratada de maneira adequada ao seu objetivo: o de que a comunidade arbitral, os usuários e os juristas dos mais diversos ordenamentos tomem ciência da maneira pela qual relevantes questões comerciais estão sendo decididas¹¹⁷. Para tanto, encontra-se solução menos extrema do que a da publicização do procedimento arbitral que, como visto, se relaciona com a exigência de uma legítima justificativa¹¹⁸.

Essa solução é a da publicação de sentenças arbitrais comerciais. Tal movimento foi capitaneado por Julian Lew, há quase meio século, ao defender que a publicação (i) proporcionaria o desenvolvimento de uma jurisprudência arbitral (*i.e.*, maior segurança jurídica à arbitragem); (ii) facilitaria o conhecimento e adoção da *lex mercatoria* pelo mundo comercial; (iii) influenciaria as atitudes negociais e as decisões comerciais de empresários; e (iv) provaria, de forma conclusiva, que a arbitragem é o fórum mais apropriado para se resolver disputas oriundas do comércio internacional¹¹⁹.

Tal proposta se coaduna com a opinião dos entrevistados na pesquisa de 2018 da Queen Mary University of London, mesmo que se publiquem apenas extratos ou sentenças anonimizadas¹²⁰.

O principal obstáculo para a publicação de sentenças arbitrais é a confidencialidade do procedimento, tema que será enfrentado logo adiante. Além de ser um princípio caro para a comunidade arbitral, é também

¹¹⁷ “Firstly, previous decisions and awards rendered by arbitrators appear to be the pieces of information respondents would like to have. [...] Secondly, interest was also shown in how substantive issues were dealt with: respondents wish to learn more about the legal issues that arbitrators have grappled with in past proceedings. Equally, several responses mentioned the users’ need to gain more insight into the approach arbitrators take with respect to the merits of disputes” (*Ibid.*).

¹¹⁸ Sobre o assunto, veja-se o subcapítulo 3.1.

¹¹⁹ LEW. *Op. Cit.*, 1982, p. 232.

¹²⁰ “Many opined that publishing awards is likely to provide valuable insight into individual arbitrators’ general approaches, even where a degree of redaction is to be expected” (Queen Mary University of London em colaboração com o escritório White & Case. *Op. Cit.*, pp. 21-22).

importante para os usuários, sendo reiteradamente apontado como uma das principais vantagens da arbitragem comercial¹²¹.

2.3. O Problema da Confidencialidade

Por muito tempo, pensou-se na confidencialidade como um conceito indissociável da arbitragem¹²². É uma das principais vantagens elencadas pela comunidade arbitral e elogiada por usuários. Contudo, conforme o detalhado estudo promovido pela International Law Association, elaborado por Filip de Ly, Mark Friedman e Luca Radicati, a presunção de que a confidencialidade é inerente à arbitragem é uma falácia¹²³. Ao analisarem a obrigação da confidencialidade em diversas jurisdições, os referidos autores chegaram ao seguinte resultado: inexistente consenso legislativo sobre o assunto. As poucas jurisdições que regulam a matéria têm regras que variam na abordagem e não são precisas no seu escopo¹²⁴.

Até mesmo os que advogam a favor de uma regra geral de confidencialidade, como Jan Paulsson e Nigel Rawding, reconhecem que “*a general obligation of confidentiality cannot be said to exist ‘de lege lata’ in international arbitration. At best, it is a duty ‘in statu nascendi’. Most national jurisdictions have not addressed the issue at all*”¹²⁵.

¹²¹ Ver subcapítulo 1.3.

¹²² PINTO, José Emílio Nunes. A Confidencialidade na Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Vol. 6, jul-set, 2005, versão digital, p. 2.

¹²³ “The foregoing overview of the law on confidentiality in arbitration as it is laid down by the different sources confirms the fallacy of the assumption that confidentiality is an inherent feature of arbitration which was exposed in the aftermath of the *Esso v. Plowman and Bulbank* cases” (DE LY, Filip; FRIEDMAN, Mark; BROZOLO, Luca Radicati di. Confidentiality in International Commercial Arbitration. In ILA International Commercial Arbitration Committee’s Report and Recommendations, *Arbitration International*, vol. 28, nº 3, 2012, p. 378).

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ “não se pode dizer que existe uma obrigação geral de confidencialidade de lege lata na arbitragem internacional. No máximo, é um dever de statu nascendi. A maior parte das jurisdições nacionais não trata dessa questão” [tradução livre] (PAULSSON, Jan; RAWDING, Nigel. The Trouble with Confidentiality. *Arbitration International*, vol. 11, nº 3, 1995, p. 303).

A Lei de Arbitragem brasileira, por exemplo, não regula expressamente a matéria, mencionando apenas um dever de “*discrição*” do árbitro, no art. 13, §6º¹²⁶.

Sobre o tema, menciona-se dois relevantíssimos julgados sobre a questão da confidencialidade, que fizeram com que “*o dogma se desfizesse e o mito caísse*”¹²⁷.

O primeiro é o caso *Esso Australia Resources Ltd. et. al. v. The Honourable Sidney James Plowman et. al.*, julgado pela Suprema Corte da Austrália¹²⁸. Discutia-se a existência da obrigação de confidencialidade em relação a documentos e informações produzidos ou compartilhados no contexto de uma arbitragem privada (o que incluía a sentença e os seus fundamentos). Não existia menção expressa à confidencialidade nos contratos que continham a convenção arbitral.

Na decisão, a Suprema Corte australiana distinguiu privacidade de confidencialidade. Sobre a privacidade, entendeu que faz parte da natureza da arbitragem, no sentido de um procedimento não aberto ao público, especialmente em relação à audiência¹²⁹. No que tange à confidencialidade, declarou que não era uma “*essential characteristic of a private arbitration*” e que se as partes quisessem assegurar a confidencialidade de todos os documentos produzidos na arbitragem, deveriam “*insert a provision to that effect in their arbitration agreement*”.

¹²⁶ Art. 13, §6º da Lei de Arbitragem: “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”.

¹²⁷ PINTO. *Op. Cit.*, p. 2.

¹²⁸ AUSTRÁLIA, High Court of Australia, *Esso Australia Resources Ltd. et. al. v. The Honourable Sidney James Plowman et. al.*, 7 abr 1995. Disponível em: <[https://staging.hcourt.gov.au/assets/publications/judgments/1995/013--ESSO_AUSTRALIA_RESOURCES_LTD_AND_OTHERS_v_THE_HONOURABLE_SIDNEY_JAMES_PLOWMAN_AND_OTHERS--\(1995\)_128_ALR_391.html](https://staging.hcourt.gov.au/assets/publications/judgments/1995/013--ESSO_AUSTRALIA_RESOURCES_LTD_AND_OTHERS_v_THE_HONOURABLE_SIDNEY_JAMES_PLOWMAN_AND_OTHERS--(1995)_128_ALR_391.html)>. Acesso em 19 mar 2022.

¹²⁹ “Subject to any manifestation of a contrary intention arising from the provisions or the nature of an agreement to submit a dispute to arbitration, the arbitration held pursuant to the agreement is private in the sense that it is not open to the public. [...] I prefer to describe the private character of the hearing as something that inheres in the subject-matter of the agreement to submit disputes to arbitration rather than attribute that character to an implied term. That view better accords with the history of arbitrations” (*Ibid.*).

O segundo é o caso *A.I. Trade Finance Inc. v. Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. and GiroCredit Bank Aktiengesells*¹³⁰, em que a Suprema Corte da Suécia declarou que procedimentos arbitrais têm natureza privada, porém que “[t]he general opinion among counsels and arbitrators appears to be that no confidentiality undertaking exists without a specific agreement thereon”¹³¹. Dessa forma, entendeu-se que inexistente obrigação de confidencialidade a não ser que as partes assim a disponham expressamente, o que não foi o caso.

Percebe-se existir uma diferenciação nos casos paradigmáticos acima mencionados. Considera-se que a privacidade faz parte da natureza da arbitragem e que a confidencialidade, embora muito elogiada como uma das principais vantagens do instituto, deve estar prevista expressamente no contrato ou convenção de arbitragem¹³².

Mesmo diante desses pronunciamentos judiciais, a questão da confidencialidade permanece controversa. Por um lado, entende-se que não existe um dever geral de confidencialidade implícito nos procedimentos

¹³⁰ SUÉCIA, Supreme Court of Sweden, *A.I. Trade Finance Inc. V. Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. And Girocredit Bank Aktiengesells*, 27 out 2000. Disponível em: <<https://jusmundi.com/en/document/decision/pdf/en-a-i-trade-finance-inc-v-bulgarian-foreign-trade-bank-ltd-and-girocredit-bank-aktiengesells-judgment-of-the-supreme-court-of-sweden-friday-27th-october-2000>>. Acesso em 19 mar 2022.

¹³¹ “From the private nature of arbitration proceedings follows that third parties do not have the right to be present at the proceedings or access written documents of the file. Further, there is probably an almost unanimous view that arbitrators directly, as a result of the assignment with which they have been entrusted, shall treat the arbitration proceedings as confidential; this applies also when the arbitrator has been appointed by a public court. A party’s counsel has a similar obligation as to its client, also as a result of the assignment as such. From these circumstances no conclusion can be drawn, however, with respect to the question of whether a party is bound by a confidentiality undertaking sanctioned by law, for which a whole set of different circumstances are relevant” (*Ibid.*).

¹³² Sobre o primeiro conceito – privacidade – pode-se afirmar ser pacífico na doutrina e na jurisprudência internacional que deriva do acordo das partes em submeter o seu conflito à arbitragem. Dessa forma se compreende que, em razão da privacidade: “[i]t is implicit in this that strangers shall be excluded from the hearing and conduct of the arbitration and that neither the tribunal nor any of the parties can insist that the dispute shall be heard or determined concurrently with or even in consonance with another dispute, however convenient that course may be to the party seeking it and however closely associated with each other the disputes in question may be” (REINO UNIDO, Queen’s Bench Division (Commercial Court), *Oxford Shipping Co Limited v. Nippon Yusen Kaisha* 26 jun 1984. Disponível em: <http://translex.uni-koeln.de/302940/_/oxford-shipping-v-nippon-yusen-kaisha-%5b1984%5d-2-lloyd's-rep-373/> Acesso em 19 mar 2022).

arbitrais, devendo ele estar previsto para ter efeitos¹³³. Por outro, ainda existem julgados que entendem pela existência de uma “*implied obligation*” de confidencialidade quanto aos documentos produzidos na arbitragem¹³⁴. Tais julgados afirmam que as partes escolheram a arbitragem pois pretendiam, dentre outros motivos, que o seu conflito fosse dirimido sob o véu da confidencialidade¹³⁵.

De todo modo, mesmo dentre os julgados em que se defendeu pela confidencialidade implícita, compreende-se que a sentença é “*an independent contractual obligation to perform*” e que, assim, é “*potentially a public document for the purposes of supervision by the Courts or enforcement in them*”¹³⁶. Isso significa que a confidencialidade não é absoluta e dá lugar à publicidade na homologação ou execução das sentenças arbitrais.

À luz do exposto, podem-se fazer as seguintes considerações: (i) a confidencialidade na arbitragem não é expressamente prevista e regulada na maioria das legislações nacionais; (ii) a privacidade é uma característica inerente à natureza do procedimento arbitral; (iii) é controversa a caracterização de uma obrigação implícita de confidencialidade na arbitragem; e (iv) é dado um tratamento diferenciado às sentenças arbitrais, quanto à questão da confidencialidade, para a sua homologação e execução.

Conclui-se que a publicação de sentenças não viola qualquer característica essencial da arbitragem, especialmente se considerarmos a exitosa propagação do instituto nos conflitos com a administração pública,

¹³³ Nesse sentido, ver também: ESTADOS UNIDOS, United States District Court, D. Delaware, United States v. Panhandle Eastern Corp et al, 15 ago 1988. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/693/88/2357100/>>.

¹³⁴ ESTADOS UNIDOS, Court of Appeal, Dolling-baker v. Merrett and Another, 15 mar 1990. Disponível em: <<http://uniset.ca/lloyddata/css/19901WLR1205.html>>. Acesso em 19 mar 2022. Sobre o tema, ver também: FRANÇA, Court of Appeals, G Aita v. A Ojeh, 18 fev 1986; REINO UNIDO, Hassneh Insurance Co of Israel v. Stuart J Mew, Queen’s Bench Division (Commercial Court), 1993.

¹³⁵ “*the very nature of arbitral proceedings that they ensure the highest degree of discretion in the resolution of private disputes, as the two parties had agreed*” (FRANÇA, Court of Appeals, G Aita v. A Ojeh, 18 fev 1986).

¹³⁶ REINO UNIDO, Hassneh Insurance Co of Israel v. Stuart J Mew, Queen’s Bench Division (Commercial Court), 1993.

em que o procedimento não é confidencial, embora seja privado, *e.g.*, não se permitem terceiros alheios à controvérsia na audiência.

Nesse sentido, se a confidencialidade surge como uma regra expressamente ou implicitamente acordada pelas partes quando decidem dirimir os seus conflitos por arbitragem, também se conclui que as partes podem flexibilizar essa regra ao, por exemplo, escolherem uma instituição arbitral em que as sentenças arbitrais são publicadas após um determinado período de tempo (*e.g.*, a CCI).

Trata-se, assim, de uma aparente contradição. Uma visão aprofundada do tema revela a possibilidade de coexistência da confidencialidade com a publicação sistemática de sentenças arbitrais. Basta que as partes deem a sua concordância com a publicação¹³⁷. Como argumenta Rinaldo Sali, a confidencialidade, se prevista, deve ser mantida ao longo do procedimento, mas o interesse na publicização da arbitragem, por meio da publicação sistemática de sentenças em formato anônimo, deve prevalecer com o término da arbitragem¹³⁸.

Isso significa que a solução encontrada por Julian Lew – publicação de sentenças arbitrais – não encontra óbice jurídico para a sua implementação, tão-somente um empecilho prático: a aceitação dos usuários quanto à flexibilização da confidencialidade.

2.4. Publicação das Sentenças Arbitrais

Perpassado o obstáculo jurídico da confidencialidade, analisa-se, neste subcapítulo, os *Argumentos a Favor* e os *Argumentos Contrários* à publicação sistemática de sentenças arbitrais.

¹³⁷ REYMOND-ENIAEVA. *Op. Cit.*, p. 144.

¹³⁸ SALI, Rinaldo. Transparency and confidentiality: how and why to publish arbitration decisions. In: MALATESTA, Alberto; SALI, Rinaldo (eds). *The rise of transparency in international arbitration: the case for the anonymous publication of arbitral awards*, New York: Juris, 2013, p. 73.

Ressalta-se que os argumentos apresentados a seguir não exaurem o tema, sendo apenas os principais e aqueles que se relacionam com o recorte acadêmico proposto para este trabalho.

2.4.1. Argumentos a Favor da Publicação Sistemática

Apontam-se, nesta seção, os mais relevantes argumentos a favor da publicação sistemática de sentenças arbitrais, sendo eles: (i) a criação de uma jurisprudência arbitral consistente; (ii) o desenvolvimento do direito comercial; (iii) o fortalecimento da autonomia e da legitimidade da arbitragem; (iv) a diminuição dos custos de transação; e (v) a escolha da instituição arbitral e dos árbitros.

O principal argumento para a publicação sistemática de sentenças arbitrais é o da criação de uma jurisprudência arbitral consistente e coerente, de modo a servir tanto à comunidade arbitral quanto aos seus usuários¹³⁹. Todos se beneficiam com o aprimoramento da segurança jurídica, isto é: que situações análogas sejam tratadas de forma similar. Um cenário arbitral juridicamente harmônico auxilia no desenvolvimento de um ambiente jurídico previsível para usuários atuais e futuros¹⁴⁰.

Como destaca Cindy Buys, empresários desgostam da insegurança porque dificulta o planejamento, “[t]hus, even in arbitration, parties are likely to value certainty and predictability, including the application of known legal principles”¹⁴¹. Nesse sentido, decisões arbitrais pretéritas podem esclarecer questões processuais, como a determinação da lei aplicável, bem

¹³⁹ LEW. *Op. Cit.*, 1982, p. 232. REYMOND-ENIAEVA. *Op. Cit.*, p. 140.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ “assim, mesmo na arbitragem, as partes provavelmente valorizam certeza e previsibilidade, incluindo a aplicação de princípios jurídicos conhecidos” [tradução livre] (BUYS, Cindy G. The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration. *The American Review of International Arbitration*, Vol. 14, 2003, p. 136). Nesse sentido, ver também: “[f]or some parties, uncertainty is inherently undesirable” (DAVIS, Kevin E. Contracts as Technology. *New York University Law Review*, Vol. 88, 2013, p. 98); “Business people do not like uncertainty and unpredictability” (AZZALI, Stefano. Introduction: Balancing Confidentiality and Transparency. In MALATESTA, Alberto; SALI, Rinaldo (eds.) *The Rise of Transparency in International Commercial Arbitration*, Huntington: Juris, 2013).

como auxiliar as partes e os árbitros a compreender problemas complexos de direito material, com a consulta de casos com fatos e circunstâncias similares¹⁴².

No que tange ao segundo argumento, como se expôs no subcapítulo 1.2, destaca-se que a arbitragem tem um papel crucial no “novo” direito internacional do comércio, que se elabora e se estabelece por meio dos seus próprios participantes. Segundo Bernardo Cremades, decisões arbitrais formam uma verdadeira “*opinio juris*” sobre práticas regularmente observadas no contexto empresarial¹⁴³.

Desse modo, para além de solucionar disputas de modo eficiente, a arbitragem, por meio da criação de um corpo de decisões arbitrais, pode participar na definição dos padrões de conduta nas transações internacionais¹⁴⁴. Assim, os árbitros, aos decidirem disputas do comércio internacional, participam do desenvolvimento da nova *lex mercatoria*¹⁴⁵.

O terceiro argumento se relaciona com a autonomia e a legitimidade do sistema. A autonomia do sistema arbitral depende do seu fechamento estrutural, consubstanciado na possibilidade de se recriar a partir de seus próprios instrumentos (em outras palavras: autopoiese)¹⁴⁶. A publicação de sentenças arbitrais auxiliaria nesse processo, na medida em que os árbitros poderiam se valer de ferramentas (decisões prévias) do próprio sistema,

¹⁴² REYMOND-ENIAEVA. *Op. Cit.*, p. 141.

¹⁴³ CREMADES, Bernardo M. The Impact of International Arbitration on the Development of Business Law. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 31, nº 3, 1983, p. 526.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et “lex mercatoria”*. Archives de philosophie du droit, 1964, pp. 181-183.

¹⁴⁶ HADDAD. *Op. Cit.*, p. 125. Sobre o tema, ver: “[n]a aplicação da ideia de autopoiese para os sistemas, grosso modo, um sistema social, para ser assim considerado, deve ser composto por um conjunto instrumental lógico, coerente e produzido pelo próprio sistema. Tais mecanismos compõem o seu modo de ser, de funcionar. O sistema, nestes termos, basta-se a si próprio, é autônomo. Sendo capaz de produzir e regular seu conteúdo instrumental funcional, independe de outros sistemas, ou de instrumentos vindos de outros sistemas. Ademais, o sistema autopoietico é autorreferencial. Isso quer dizer que não é regulado, ou normatizado, por qualquer outro sistema. Possui, com essa autorregulação, autonomia” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo Arbitral e Sistema*. São Paulo, 2009. Tese de doutorado da Faculdade de Direito da universidade de São Paulo, p. 13).

reforçando a autonomia da ordem arbitral¹⁴⁷. De acordo com Alexis Mourre: “*arbitration cannot be thought as a truly autonomous system of justice without accepting the role and existence of arbitral precedent*”¹⁴⁸.

Diante disso, considerando que legitimidade se traduz como “aceitação social”¹⁴⁹, a publicização de decisões arbitrais traria maior confiança no processo, permitindo a todos (e não apenas aos atuais usuários) conhecerem e aceitarem esse sistema de justiça¹⁵⁰.

Ademais, a publicação de sentenças arbitrais poderia auxiliar na diminuição dos custos de transação. Esses são os custos necessários para a celebração de negócios jurídicos comerciais, que se classificam em três tipos: (i) custos de procura e obtenção de informações; (ii) custos de negociação; e (iii) custos para garantir a execução do contrato¹⁵¹.

Nesse contexto, a publicação de sentenças arbitrais, e o consequente aumento de segurança jurídica, resultariam na diminuição dos dois primeiros tipos de custos: de informação e de negociação. Isso porque as partes já saberiam de antemão, com base na jurisprudência, como determinadas questões seriam resolvidas pelos árbitros. Assim, não haveria a necessidade de previsões extensas e completas, deixando para os árbitros a tarefa do preenchimento de lacunas¹⁵².

¹⁴⁷ HADDAD. *Op. Cit.*, p. 126.

¹⁴⁸ “*não se pode pensar a arbitragem como um sistema de justiça verdadeiramente autônomo sem aceitar o papel e a existência do precedente arbitral*” [tradução livre] (MOURRE, Aleix. *Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: The Case For A Systematic Publication Of Arbitral Awards In 10 Questions...*. In *Kluwer Arbitration Blog*. Disponível em: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/05/28/arbitraljurisprudence-in-international-commercial-arbitration-the-case-for-a-systematic-publication-of-arbitral-awards-in-10-questions/>>. Acesso em 19 mar 2022).

¹⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 8ª ed, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 140.

¹⁵⁰ HADDAD. *Op. Cit.*, p. 129. MCILWRATH; SCHROEDER. *Op. Cit.*, p. 335.

¹⁵¹ COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, October, 1960, p. 15. TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 168.

¹⁵² HADDAD. *Op. Cit.*, p. 111. PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A Economia da Arbitragem: Escolha Racional e Geração de Valor. *Revista de Direito GV*, Vol. 4(1), Jan-Jun, 2008, p. 20. “*As partes ao confiar mais na interpretação contratual que elas julgam*

Além disso, a publicação sistemática de sentenças arbitrais também auxiliaria na identificação do tipo de arbitragem (*ad hoc* ou institucional) que seria mais apropriado para determinada disputa, bem como permitiria às partes comparar a performance de diferentes instituições arbitrais, possibilitando a escolha da instituição que melhor se adeque às suas expectativas¹⁵³.

Por fim, a publicação de sentenças, com a identificação dos árbitros, também seria útil para permitir uma decisão informada na indicação do árbitro, evitando que tal escolha se fundamente apenas na experiência empírica do advogado¹⁵⁴.

2.4.2. Argumentos Contrários à Publicação Sistemática

Apontam-se, nesta seção, os mais relevantes argumentos contrários à publicação sistemática de sentenças arbitrais, sendo eles: (i) a privacidade das partes; (ii) os custos adicionais; e (iii) o impacto na celeridade das sentenças.

Ainda que superado o obstáculo jurídico da confidencialidade, persiste o argumento de que as partes queiram assegurar à sua disputa certa privacidade/confidencialidade, de modo a deixar a sua disputa e informações a ela relativas fora do acesso público¹⁵⁵. Como se percebe nas pesquisas apontadas no subcapítulo 1.3, a confidencialidade é uma das principais vantagens da arbitragem.

adequadas feitas pelos juízes, despenderiam menos recursos para tornar os contratos mais claros e completos, já que os resultados da adjudicação poderiam ser próximos àqueles que elas teriam pactuado. [...] A perspectiva de integração contratual que seja no interesse das partes faz com que as partes economizem em custos de negociação e redação” (CARMO, Lie Uema do. *Análise Econômica da Interpretação Contratual*. São Paulo, 2006, Dissertação de mestrado em Direito Civil na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pp. 169 e 172.

¹⁵³ REYMOND-ENIAEVA. *Op. Cit.*, p. 142.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 143.

Alguns arguem que, como a arbitragem é um método privado de resolução de disputas, não haveria espaço para a publicação sistemática de sentenças arbitrais¹⁵⁶.

Outro argumento contrário à publicação de sentenças se refere aos custos adicionais. Considerando que a arbitragem é um meio de resolução de conflitos custoso (ao menos nos primeiros anos)¹⁵⁷, a publicação poderia aumentar os gastos suportados pelas partes, dependendo de como o processo de publicação fosse organizado¹⁵⁸. Se o envolvimento das partes for necessário para a publicação, para, por exemplo, concordar com o texto final, aumentariam os custos diretos com os seus advogados¹⁵⁹.

Por fim, menciona-se o impacto na celeridade das decisões. A doutrina entende que a publicação de sentenças arbitrais poderia levar os árbitros a tomarem mais tempo para proferi-las, se preocupando em redigir decisões que possam “virar jurisprudência”, o que poderia resultar em sentenças longas e que abordam temas além do necessário¹⁶⁰.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ “Em termos comparativos, análises feitas recentemente indicam que nem sempre a solução arbitral é mais adequada a depender do valor da causa. O quadro reproduzido a seguir merece reflexão, pois indica que a arbitragem se torna mais vantajosa para causas de valor mais elevado. Por outro lado, a demora no processo judicial implica em aumento de custo e perda da eficiência” (RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Comentários sobre a Arbitragem no Brasil: Custos, Eficiência e Outras Questões Controvertidas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Vol. 48, jan-mar, 2016, p. 188).

¹⁵⁸ REYMOND-ENIAEVA. *Op. Cit.*, pp. 143-144.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 144.

¹⁶⁰ HADDAD. *Op. Cit.*, p. 144.

CAPÍTULO 3 – A FORMAÇÃO DE UMA JURISPRUDÊNCIA ARBITRAL

Após analisar as vantagens e as desvantagens da publicação sistemática de sentenças arbitrais, cumpre estudar os efeitos que tal publicação teria no direito comercial. Em outras palavras, qual é o valor que se atribui aos precedentes arbitrais? A questão é complexa e não existe consenso na doutrina.

O tema passa pelas discussões sobre (i) a *Atual Percepção Jurisprudencial de Sentenças Arbitrais*; e (ii) a *Utilidade de uma Jurisprudência Arbitral*, capítulo em que analisaremos os casos das (i) *Arbitragens ICSID*; (ii) *Arbitragens Envolvendo a Administração Pública*; (iii) *Arbitragens Societárias*; e (iv) *Arbitragens Desportivas*.

3.1. Atual Percepção Jurisprudencial de Sentenças Arbitrais

Ainda que de modo incipiente, os árbitros parecem, cada vez mais, fazer referência, discutir e buscar fundamentos em casos anteriores¹⁶¹. Tal prática se vê com bons olhos na doutrina arbitral¹⁶².

Como já comentado nesse estudo, as sentenças arbitrais da indústria do óleo e gás contribuem para o desenvolvimento de uma *lex petrolea*, que influencia o próprio mercado internacional de óleo e gás¹⁶³. Os setores de

¹⁶¹ “[...] international arbitration lacks a doctrine of precedent, at least as it is formulated in the common-law system. Regardless, **arbitrators increasingly appear to refer to, discuss and rely on earlier cases**. What motivates arbitrators to refer to earlier cases? Do they merely seek some guidance, an excuse or mask for the deficiencies in their own reasoning, an opportunity to contradict an esteemed colleague, or a chance to give lessons to the arbitration community? Alternatively, do they apply a de facto doctrine of precedent out of a sense of obligation?” [grifou-se] (KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?* *Arbitration International*, Vol. 23, Issue 3, 2007, p. 357).

¹⁶² BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration: cases and materials*. The Hague: Kluwer Law International, 2011, p. 2967.

¹⁶³ “*This has not yet created a mature set of legal regulations, but it has developed the beginnings of a lex petrolea that serves to instruct, and in a certain sense even regulate – within broadly defined boundaries – the international petroleum industry*” (VAN DEN BERG. *Op. Cit.*, p. 1207). No mesmo sentido: MARTIN. *Op. Cit.*, p. 96.

construção e de direito marítimo, especialmente o último, também reconhecem o valor de precedentes arbitrais para as suas respectivas indústrias¹⁶⁴. Em sentença arbitral de compra e venda internacional de mercadorias já se afirmou que “[t]he conclusions reached by the arbitral tribunal find support in the arbitral jurisprudence”¹⁶⁵, enquanto que no *leading case* Dow Chemical, o tribunal arbitral declarou que¹⁶⁶:

“The decisions of these tribunals [ICC arbitral tribunals] progressively create caselaw which should be taken into account, because it draws conclusions from economic reality and conforms to the needs of international commerce, to which rules specific to international arbitration, themselves successively elaborated, should respond”. [grifou-se]

Como se sabe, o próprio caso Dow Chemical, embora *sui generis*, é referência internacional na prática arbitral no que tange ao tema da extensão subjetiva de cláusula compromissória pela doutrina de *group of companies*¹⁶⁷.

¹⁶⁴ “The realm of maritime law is already recognised as an area in which rendering awards with reasons, due to its precedential value, has emerged as a practice. This is again due to the use of standardised contracts across the industry which requires uniform construction to provide predictability for industry transactions. [...] In the context of construction law, arbitrators have decided issues at the leading edge of the particular applicable laws. These include issues of good faith, prevention by one party of the other, changed market conditions, interpretation of standard form contracts and the concepts of penalties or liquidated damages. Decisions are made more complex where there are gaps in the law or an absence of useful expositions by academics or courts of the relevant seat, regarding matters such as how to interpret good faith or how to re-adjust contractual rights. This is particularly the case under civil code provisions, which are extensively applicable in the Middle East” (JONES. Op. Cit., p. 22).

¹⁶⁵ “as conclusões do tribunal arbitral encontram alicerce na jurisprudência arbitral” [tradução livre] (ICC Case No. 6527. In VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). *Yearbook Commercial Arbitration* 1993, Vol. 18 Kluwer Law International, 1993, p. 48).

¹⁶⁶ “As decisões desses tribunais arbitrais [tribunais arbitrais CCI] progressivamente criam jurisprudência que deve ser levada em consideração, pois extrai conclusões da realidade econômica e se alinha com as necessidades do comércio internacional, para o qual as regras específicas da arbitragem internacional, elaboradas sucessivamente, devem responder” [tradução livre] (ICC Partial Award 4131, 23 September 1982, In JARVIN, S.; DERAIS, Y. (eds), *Collection ICC Arbitral Awards*, 1990, p. 151).

¹⁶⁷ Em síntese, trata-se de um litígio envolvendo as sociedades Dow Chemical e Isover Saint Gobain. *In casu*, a Dow Chemical Venezuela celebrou contrato com a Isover Saint Gobain, posteriormente transferindo-o para a Dow Chemical A.G., subsidiária estadunidense. Três anos depois, a Dow Chemical Europa, subsidiária da Dow Chemical A.G., celebrou segundo contrato com a Isover Saint Gobain. Surgido o conflito, a Dow Chemical A.G., Dow Chemical Europa, Dow Chemical França e Dow Chemical Company instauraram procedimento arbitral em face da empresa Isover Saint Gobain. A requerida alegou a ilegitimidade ativa das empresas do grupo Dow Chemical que não eram signatárias dos contratos. Na espécie, o tribunal arbitral decidiu em favor das requerentes, entendendo se tratar de um mesmo grupo econômico (i.e., um mesmo grupo de sociedades), razão pela qual possuíam legitimidade ativa na arbitragem.

Diante da perceptível influência das sentenças arbitrais, cabe questionar qual é o valor que lhes deve ser atribuído.

Alguns autores como Stephan Schill, transcendem a relatividade *inter partes* dos efeitos das sentenças arbitrais, entendendo existir uma jurisprudência arbitral que opera independentemente das ordens jurídicas nacionais e da ordem jurídica internacional¹⁶⁸.

Emmanuel Gaillard, por sua vez, entende que o termo precedente (não vinculante) seria mais adequado do que jurisprudência, pois “[t]here is something collective about jurisprudence – a body of decisions – and more is required for such jurisprudence to become constant”¹⁶⁹. Vários autores seguem esse entendimento¹⁷⁰.

¹⁶⁸ “In the emerging, albeit still limited number of, theoretical accounts of the field, international arbitration is increasingly analysed as a jurisprudential system that operates independently from both specific domestic legal orders and the international legal system. It is a global, quasi-judicial system that provides the legal infrastructure, in the form of norms, actors, and processes, for the consent-based settlement of transborder disputes. The nature of that system and the basis of normative expectations it develops, however, are contested among the main theoretical approaches. Likewise, the basis for thinking about legitimacy differs from one approach to the next.” (SCHILL, Stephan W. Conceptions of Legitimacy of International Arbitration. In *Practising Virtue – Inside International Arbitration*. CARON, David D.; SCHILL, Stephan W.; SMUTNY, Abby Cohen; TRIANTAFILOU, Epaminontas E. (Eds.) Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 115). Ver também: LEITE. *Op. Cit.*, p. 107. PINNA, Andrea. La spécificité de la jurisprudence arbitrale. *Jusletter*, 2006, p. 1.

¹⁶⁹ “há algo coletivo em relação à jurisprudência – um corpo de decisões – e mais é necessário para que essa jurisprudência se torne constante” [tradução livre] (GAILLARD, Emmanuel. Foreword. In GAILLARD, Emmanuel; BANIFATEMI, Yas (eds.), *Precedent in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 5, Huntington: Juris Publishing, 2008, p. 1).

¹⁷⁰ “Preferimos adotar neste estudo a denominação “precedente arbitral” para que este conceito não seja confundido com a noção de “jurisprudência”, bem estabelecida no Brasil e que remete ao conjunto de decisões emanadas pelos tribunais estatais. Ademais, a denominação precedente reforça a importância na arbitragem da submissão da regra jurídica aos fatos concretos, pois somente a partir do conhecimento dos fatos que levaram à adoção de determinada solução jurídica, os árbitros poderão verificar se esta solução se aplica à nova lide” (KUYVEN, Fernando. O necessário precedente arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 36, 2013, p. 295); “A nuestro modo de ver, en materia arbitral es preferible hablar de «precedente arbitral de facto» en lugar de «jurisprudencia arbitral», puesto que el aspecto orgánico, el aspecto de homogeneidad y – en menor medida – el aspecto publicitario de la jurisprudencia estatal están ausentes” (FOLLONIERAYALA, Alejandro. ¿Jurisprudencia arbitral o precedente arbitral? *Spain Arbitration Review*, Revista del Club Español del Arbitraje, España, vol. 28, 2017, p. 51).

Outros termos também são utilizados, tais como: corpo de conhecimento¹⁷¹, *jurisprudencia constante*¹⁷², opiniões doutrinárias¹⁷³ ou opinião jurídica comum dos tribunais arbitrais¹⁷⁴.

Para alguns estudiosos, não se pode atribuir qualquer valor de precedente ou jurisprudência a sentenças arbitrais passadas¹⁷⁵. De acordo com Gabrielle Kaufmann-Kohler: “[a]side from procedural issues, perhaps, one can see no precedential value or self-standing rule creation in commercial arbitration awards”¹⁷⁶.

De todo modo, sem cogitar vinculação, pesquisas apontam que decisões arbitrais são utilizadas como elementos persuasivos em novas arbitragens¹⁷⁷. Mark Weidemaier, nesse sentido, afirma que “*arbitrators frequently cite other arbitrators, claim to rely on past awards, and promote adjudicatory consistency as an important system goal*”¹⁷⁸.

Antes de continuar na discussão do valor que se deve atribuir a sentenças arbitrais, cabem esclarecimentos. Evidentemente que os termos “precedente” e “jurisprudência” estão estreitamente relacionados a sistemas

¹⁷¹ CARMO, Lie Uema do. *The social transaction costs of confidentiality in commercial and corporate arbitration: insights from brazil*, working paper p. 6.

¹⁷² WALDE, Thomas. Confidential Awards as Precedent in Arbitration: Dynamics and Implication of Award Publication. In GAILLARD, Emmanuel; BANIFATEMI, Yas (eds.), *Precedent in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 5, Huntington: Juris Publishing, 2008, p. 113.

¹⁷³ NORTH. *Op. Cit.*, p. 68.

¹⁷⁴ Tribunal Arbitral ICSID, Case No. ARB/02/17, AES Corporation v. The Argentine Republic, §33.

¹⁷⁵ KASSIS, Antoine. *Théorie générale des usages du commerce*. Cap. VIII, Le mythe de la jurisprudence arbitrale considérée comme une source du droit du commerce internationale. Paris: LGDJ, 1984. MEDINA, José María Chillón; MERCHÁN; José F. Merino. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Civitas, 1978.

¹⁷⁶ “para além de questões procedimentais, talvez, não se pode perceber valor de precedente algum ou criação autônoma de regras nas sentenças arbitrais comerciais” [tradução livre] (KAUFMANN-KOHLER. *Op. Cit.*, p. 363).

¹⁷⁷ BERGER, Klaus Peter. The International Arbitrators’ Application of Precedents. *Journal of International Arbitration*, Vol. 9, 1992, pp. 5-22. MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na Arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 176.

¹⁷⁸ “árbitros frequentemente citam outros árbitros, declaram se suportar em sentenças passadas, e promovem a consistência adjudicatória como um importante objetivo do sistema” [tradução livre] (*Ibid.*).

de justiça nacionais. Ademais, são termos utilizados muitas vezes como sinônimos, sendo, contudo, vocábulos diferentes e de origens diversas.

O precedente constitui decisão judicial prévia, composta pelas circunstâncias de fato que embasam a controvérsia e a tese ou o princípio jurídico presente na fundamentação (*ratio decidendi*)¹⁷⁹. Para além disso, o conceito de precedente tem dois sentidos. O primeiro é o de precedente vinculante: decisão judicial que fixa a tese jurídica que deverá ser seguida pelas demais decisões em casos idênticos¹⁸⁰. Especialmente na *common law*, têm função relevantíssima, servindo como fonte de produção de direito (*stare decisis*)¹⁸¹. O segundo é o de precedente persuasivo: que se presta a auxiliar o julgador no processo hermenêutico da correta aplicação da regra ao caso concreto¹⁸². Esse último tipo não vincula a decisão do julgador.

A jurisprudência, por sua vez, é uma palavra com múltiplos significados, originada do direito romano¹⁸³. Como leciona Rubens Limongi, há, ao menos, cinco conceitos: (i) ciência do direito; (ii) conjunto de manifestações dos juristas (prudentes ou pareceristas), ligado à etimologia da palavra: *juris prudentia*; (iii) doutrina jurídica; (iv) atividade dos tribunais, genericamente considerada, no desempenho do seu *ius dicere*; e (v) conjunto de pronunciamentos dos tribunais, em um mesmo sentido, acerca de uma determinada questão, de modo constante e pacífico¹⁸⁴.

¹⁷⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

¹⁸⁰ CRAMER. *Op. Cit.*, p. 76. No Brasil, o Código de Processo Civil de 2015 introduziu o sistema de precedentes vinculantes, valorizando as decisões judiciais passadas. Nesse sentido, o juiz deve, para deixar de seguir um precedente, explicar como o caso concreto é distinto (técnica *distinguishing* do Common Law) ou que se operou a superação do entendimento prévio. Veja-se o art. 489, §º, VI do CPC: “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

¹⁸¹ CRAMER. *Op. Cit.*, p. 22.

¹⁸² TUCCI. *Op. Cit.*, p. 13.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 9.

¹⁸⁴ FRANÇA, Rubens, Limongi. Da Jurisprudência como Direito Positivo. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, Vol. 66, 1971, pp. 203-204. TUCCI. *Op. Cit.*, pp. 9-10. CRAMER. *Op. Cit.*, p. 72. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 162.

A distinção entre precedente e jurisprudência no Brasil é meramente quantitativa. Precedente refere-se a uma decisão sobre um caso, ao passo que jurisprudência designa o coletivo de decisões dos tribunais, ou de um tribunal, no mesmo sentido a respeito de uma mesma questão¹⁸⁵.

Ao se transplantar o tema à seara arbitral, algumas adaptações são necessárias. Evidentemente, quando alguém se refere a um “precedente arbitral” ou a uma “jurisprudência arbitral”, não se pode dar o mesmo sentido do que um(a) precedente/jurisprudência judicial, por alguns motivos: (i) não existe um sistema estruturado e hierárquico de tribunais arbitrais; (ii) os tribunais arbitrais são efêmeros, constituídos para solucionar um caso específico; e (iii) a publicação de sentenças arbitrais ainda não é tão constante quanto precisaria ser¹⁸⁶.

Diante do exposto, entende-se que ambas expressões (*i.e.*, precedente arbitral e jurisprudência arbitral) podem ser utilizadas. Evidentemente que o precedente arbitral possuirá somente valor argumentativo. De todo modo, considerando que o presente estudo analisa a publicação sistemática de sentenças arbitrais e a sua relação com o desenvolvimento do direito comercial, é natural que se fale em jurisprudência arbitral (*i.e.*, conjunto de decisões dos árbitros sobre uma mesma questão material). Ademais, tal expressão é utilizada amplamente pela doutrina e pelos tribunais arbitrais e possui uma importante generalidade em seu sentido, permitindo uma

¹⁸⁵ Nesse caso, uma quantidade específica de decisões não é o que faz jurisprudência, necessitando apenas a percepção de uma sequência de decisões que revele, de forma inequívoca, o entendimento dos tribunais sobre um assunto jurídico. CRAMER. *Op. Cit.*, pp. 72-73. Nesse sentido: “*Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula de jurisprudência deste tribunal [...] Há, pois, uma evolução: precedente – jurisprudência – súmula. São noções distintas, embora umbilicalmente ligadas*” JR. Fredie Diddier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2, 10ª ed., Salvador: JusPodivm, 2015, p. 387.

¹⁸⁶ Não por outro motivo, Barton Legum, ao tratar da definição de um precedente arbitral, cria uma nova acepção, fundada na perspectiva dos advogados, dos árbitros e do público: “[a] precedent is any decisional authority that may reasonably serve to justify the arbitrators’ decision to the principal audience for that decision” (LEGUM, Barton. The Definitions of “Precedent” in International Arbitration. In GAILLARD, Emmanuel; BANIFATEMI, Yas (eds.), *Precedent in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 5, Huntington: Juris Publishing, 2008, p. 12).

aplicação ampla do vocábulo. Pode designar, *latu sensu*, um “*produto da divulgação da atividade jurisdicional arbitral*”¹⁸⁷.

Com a devida adequação do termo jurisprudência ao contexto arbitral, compreende-se a jurisprudência arbitral como: o entendimento comum dos tribunais arbitrais, estabelecido de maneira voluntária, sobre uma determinada matéria, que pode contribuir para a fundamentação dos árbitros em um caso concreto.

Desse modo, a jurisprudência arbitral trata-se de um fenômeno flexível, atual e atento à realidade econômica, auxiliando na preservação de entendimentos de tribunais arbitrais em sentenças passadas. Personifica o consenso dos tribunais arbitrais sobre uma matéria, que, embora não seja vinculante, faz parte do próprio idioma da resolução de disputas por meio da arbitragem¹⁸⁸.

3.2. Utilidade de uma Jurisprudência Arbitral

Após a compreensão da atual percepção sobre o valor jurisprudencial de sentenças arbitrais, analisa-se, neste subcapítulo, os principais casos em que a publicação de sentenças arbitrais é um ponto central para o setor específico em que a arbitragem é utilizada como meio preferencial de solução de conflitos.

3.2.1. O Caso das Arbitragens ICSID¹⁸⁹

¹⁸⁷ SILVA, Diogo Dias da. *Publicação das Decisões Arbitrais e Jurisprudência* - Critérios para a Formação de uma Jurisprudência Arbitral. São Paulo, 2020. Dissertação de mestrado apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, p. 80.

¹⁸⁸ BENTOLILA, Dolores. Towards a Doctrine of Jurisprudence in Treaty-Based Investment Arbitration. 2010, p. 34. Disponível em: <https://edisisciplinas.usp.br/pluginfile.php/301823/mod_resource/content/0/DOLORES%20BENTOLILA%20-%20Towards%20a%20Doctrine%20of%20Jurisprudence%20in%20Treaty-Based%20Investment%20Arbitration%20.pdf>. Acesso em 20 mar 2022.

¹⁸⁹ Embora o Brasil não seja signatário da Convenção de Washington, trata-se de uma das convenções mais importantes para o cenário internacional, especialmente no que tange ao investimento estrangeiro em grandes projetos de infraestrutura situados nos Estados signatários.

A Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (“Convenção de Washington”), firmada em 1965, visa dirimir os conflitos entre Estados e investidores estrangeiros, por meio de arbitragem, mediação ou conciliação, em prol da cooperação internacional para desenvolvimento econômico¹⁹⁰.

Considerando que conflitos em que Estados figuram como partes levariam a processos judiciais nacionais, em que o investidor estrangeiro ficaria sujeito aos tribunais do Estado contra o qual está em conflito, optou-se pela disponibilização de formas internacionais de solucionar disputas, a serem administradas pelo International Centre for the Settlement of Investment Disputes (“ICSID”), conforme o art. 1º da Convenção de Washington¹⁹¹.

De acordo com o art. 22 da referida Convenção, o Secretário-Geral da ICSID publica sentenças arbitrais, com o consentimento das partes, “*with a view to furthering the development of international law in relation to investments*”¹⁹². Apesar da facultatividade da publicação, cerca de 18% das decisões arbitrais administradas pelo ICSID são publicadas e possuem relevante efeito na comunidade arbitral e, em especial, na seara dos investimentos estrangeiros nos países signatários¹⁹³.

¹⁹⁰ Preâmbulo da Convenção de Washington: “*Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein; Bearing in mind the possibility that from time to time disputes may arise in connection with such investment between Contracting States and nationals of other Contracting States; Recognizing that while such disputes would usually be subject to national legal processes, international methods of settlement may be appropriate in certain cases*”.

¹⁹¹ Art. 1º da Convenção de Washington: “*There is hereby established the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter called the Centre)*”.

¹⁹² “*com o objetivo e aprofundar o desenvolvimento do direito internacional em relação aos investimentos*” [tradução livre]. Art. 22 (2) (b) da Convenção de Washington: “*(2) If both parties to a proceeding consent to the publication of: [...] (b) arbitral awards; [...] the Secretary-General shall arrange for the publication thereof, in an appropriate form with a view to furthering the development of international law in relation to investments*”.

¹⁹³ Todos os casos administrados pelo ICSID, bem como as sentenças arbitrais publicadas, podem-se encontrar no site oficial, disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>>. Acesso em 19 mar 2022.

Tanto é assim que, apesar de inexistir um sistema de *stare decisis* ou de jurisprudência vinculante em arbitragens de investimento, afirma-se que sentenças arbitrais prévias se tornaram muito importantes para esse sistema internacional de resolução de conflitos¹⁹⁴. Assim, tribunais arbitrais podem e fazem referência a decisões prévias de outros tribunais, embora a elas não se vinculem¹⁹⁵.

Ainda assim, doutrinadores, como Thomas Walde, entendem que¹⁹⁶:

“In essence, I consider that, at least in investment arbitration, individual awards merit attention and discussion while a reasonably “settled jurisprudence” (also referred to as “jurisprudence constante” or “staendige Rechtsprechung”) creates considerable authority for subsequent tribunals. **Awards should, for reasons of legitimate expectation and legal certainty and consistency, not deviate from established jurisprudence**, except if there are significant new arguments and only with careful and detailed reasoning” [grifou-se]

Ademais, não se pode ignorar, nesse contexto, o fato de diversos tribunais arbitrais reconhecerem um dever de seguir decisões arbitrais prévias, especialmente em relação a soluções estabelecidas consistentemente em uma série de casos (jurisprudência)¹⁹⁷. Assim é nas arbitragens de

¹⁹⁴ BENTOLILA, 2010. *Op. Cit.*, p. 3.

¹⁹⁵ “**Though the Tribunal is not bound by the precedents established by other icsid Tribunals, it is nonetheless instructive to consider their interpretations** of what constitutes an agreement to treat a juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute as a national of another Contracting State” [grifou-se] (Tribunal Arbitral ICSID, Case No. ARB/83/2, LETCO v. Liberia, §16.11); “In the Tribunal’s view, although different tribunals constituted under the ICSID system should in general seek to act consistently with each other, in the end it must be for each tribunal to exercise its competence in accordance with the applicable law, which will by definition be different for each BIT and each Respondent State. Moreover **there is no doctrine of precedent in international law, if by precedent is meant a rule of the binding effect of a single decision**. There is no hierarchy of international tribunals, and even if there were, there is no good reason for allowing the first tribunal in time to resolve issues for all later tribunals. It must be initially for the control mechanisms provided for under the BIT and the ICSID Convention, and **in the longer term for the development of a common legal opinion or jurisprudence constante, to resolve the difficult legal questions** discussed by the SGS v. Pakistan Tribunal and also in the present decision” [grifou-se] (Tribunal Arbitral ICSID, Case No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, §97).

¹⁹⁶ “Em essência, eu considero que, ao menos nas arbitragens de investimento, sentenças individuais merecem atenção e discussão enquanto uma razoável “firmada jurisprudência” (também referida como “jurisprudência constante” ou “staendige Rechtsprechung”) cria uma considerável autoridade para tribunais subsequentes. Sentenças não devem, pelas razões de expectativa legítima e de segurança jurídica e consistência, divergir da jurisprudência estabelecida, exceto no caso de significativos novos argumentos e somente com uma fundamentação cautelosa e detalhada” [tradução livre] (WALDE. *Op. Cit.*, p. 113).

¹⁹⁷ BENTOLILA, 2010. *Op. Cit.*, p. 11. “The responsibility for ensuring consistency in the jurisprudence and for building a coherent body of law rests primarily with the investment tribunals.

investimento presididas pela Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, de que constam os seguintes dizeres¹⁹⁸:

“The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, **it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals.** It believes that, subject to compelling contrary grounds, **it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases.** It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, **it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law**” [grifou-se]

Nesse contexto, cumpre mencionar o caso *Salini v. Morocco*. Trata-se de arbitragem de investimento ICSID em que o tribunal arbitral, ante a ausência da definição de investimento na Convenção de Washington, elencou elementos a serem considerados para a caracterização de um investimento para fins do art. 25 da Convenção de Washington, quais sejam: contribuição, duração, risco e contribuição para o desenvolvimento econômico do país anfitrião¹⁹⁹.

They are assisted in their task by the development of a common legal opinion and the progressive emergence of “une jurisprudence constante”, as the Tribunal in SGS v. Philippines declared” (MCIA v. Ecuador, Decision on Annulment, §24).

¹⁹⁸ “O Tribunal considera que não está vinculado por decisões prévias. Ao mesmo tempo, é da opinião de que deve levar em consideração as decisões anteriores de tribunais internacionais. Acredita que, sujeito a argumentos contrários convincentes, tem o dever adotar soluções estabelecidas por uma série consistente de casos. Também acredita que, sujeito as especificadas de um determinado tratado ou das circunstâncias do caso em discussão, tem o dever de procurar contribuir para o harmônico desenvolvimento do direito de investimento e assim de cumprir as expectativas legítimas da comunidade de Estados e investidores em direção à certeza da regra de direito” [tradução livre] (Tribunal Arbitral ICSID, Case No ARB/05/07, Saipem SpA v. Bangladesh, §67). Ver também as seguintes decisões: Tribunal Arbitral ICSID, Case No. ARB/08/5, Burlington Resources et al. v. Republic of Ecuador; Tribunal Arbitral Ad Hoc, Austrian Airlines v. Slovakia, §84; e Tribunal Arbitral ICSID, Case No. ARB/03/29, Bayindir v. Pakistan, §26.

¹⁹⁹ “The doctrine generally considers that investment infers: **contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction** (cf commentary by E. Gaillard, cited above, p. 292). In reading the Convention’s preamble, **one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition.** In reality, these various elements may be interdependent. Thus, the risks of the transaction may depend on the contributions and the duration of performance of the contract. As a result, these various criteria should be assessed globally even if, for the sake of reasoning, the Tribunal considers them individually here” [grifou-se] (*Salini v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, §52).

Essa decisão foi tão relevante que, em um sistema não baseado em precedentes, Emmanuel Gaillard e Yas Banifatemi destacaram-na como um impressionante exemplo de²⁰⁰:

“a case that is almost systematically referred to by every arbitral tribunal called upon to define the notion of “investment,” either to follow or to depart from what has come to be known as the “Salini test”. [grifou-se]

À vista disso, nota-se a utilidade das decisões prévias nos casos ICSID, como na definição de investimento por meio do “*Salini test*”²⁰¹.

3.2.2. O Caso das Arbitragens Envolvendo a Administração Pública

A partir de 2015 a resolução de conflitos por entes da Administração Pública pela via arbitral foi expressamente autorizada e regulada, consoante a Lei nº 13.129/2015, que reformou a Lei nº 9307/1996. Nesse contexto, e como mencionado no subcapítulo 3.1, regulou-se a imposição do princípio da publicidade a todos os procedimentos envolvendo a Administração Pública, visto que tratam de temas atinentes ao interesse público.

De modo a detalhar a maneira pela qual se daria tal publicidade, a União e Estados editaram decretos dispondo sobre a matéria. Conforme o Decreto nº 10.025 de 20 de setembro de 2019, são públicas as informações sobre as arbitragens envolvendo a União ou as entidades da Administração

²⁰⁰ “um caso que é quase sistematicamente referido por todos os tribunais arbitrais que devem definir a noção de investimento, seja para seguir ou para divergir do que se conhece como o “teste de Salini”” [tradução livre] (GAILLARD, Emmanuel; BANIFATEMI, Yas. *The Long March towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment – Salini v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4. In KINNEAR, Meg; FISCHER, Geraldine R.; ALMEIDA, Jara Mínguez; TORRES, Luisa Fernanda; BIDEGAIN, Mairée Uran (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2015, p. 97).

²⁰¹ “The ICSID Convention also contains no definition of an investment. In general, in practice a broad concept is applied, even in decisions where special criteria have been used, such as those set out in the decision of 23 July 2001, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case no. ARB/00/4, *Journal du droit international* 196 (2002), p. 124, exhibit CL-27)”. (Millicom International Operations B. V. and Sente GSM S.A. v. Republic of Senegal, ICSID Case No. ARB/08/20). Ver também: Tribunal Arbitral ICSID, Case No. ARB/04/13, *Jan de Nul v. Egypt*; Tribunal Arbitral ICSID, Case No. ARB/05/7, *Saipem v. Bangladesh*; Tribunal Arbitral ICSID, Case No. ARB/05/18, *Kardassopoulos v. Georgia*; Tribunal Arbitral ICSID, Case No. ARB/03/29, *Bayindir v. Pakistan*.

Pública Federal e podem-se acessar termos, decisões e sentenças arbitrais no site da Advocacia-Geral da União²⁰². No Estado de São Paulo, “as *petições, laudos periciais, Termo de Arbitragem ou instrumento congênere e decisões dos árbitros*” são públicos e disponibilizados no site da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo²⁰³. A regulamentação no Estado do Rio de Janeiro dispõe no mesmo sentido, com a diferença de que os autos dos procedimentos são disponibilizados apenas “*mediante requerimento de eventual interessado*”²⁰⁴.

Embora não se possa dizer, ainda, que exista uma jurisprudência na seara das arbitragens com a Administração Pública, alguns casos transcenderam a relatividade subjetiva e passaram a influenciar o comportamento das partes, dos árbitros e do próprio mercado.

Um exemplo disso, é o caso Libra, uma das primeiras arbitragens sobre a prestação de serviço público portuário²⁰⁵. Trata-se de procedimento arbitral instaurado por Libra Terminais S.A. e Libra Terminais Santos S.A. em face da Companhia Docas do Estado de São Paulo e da União Federal.

O caso tratava não apenas dos prejuízos financeiros causados à CODESP no âmbito da administração do Porto de Santos, mas também de

²⁰² Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2>>. Art. 3º, IV do Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019: “A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: [...] IV - as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira”.

²⁰³ Art. 12, §§1º e 2º do Decreto nº 64.356, de 31 de julho de 2019: “Os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça. § 1º - Para fins de atendimento deste dispositivo, consideram-se atos do procedimento arbitral as petições, laudos periciais, Termo de Arbitragem ou instrumento congênere e decisões dos árbitros. § 2º - A Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores”.

²⁰⁴ Art. 13, §§1º e 2º do Decreto nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018: “Os atos do processo arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo, de segredo de justiça, de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público. § 1º - Para fins de atendimento deste dispositivo, consideram-se atos do processo arbitral as petições, os laudos periciais e as decisões dos árbitros de qualquer natureza. § 2º - A Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do processo arbitral mediante requerimento de eventual interessado”.

²⁰⁵ Procedimento Arbitral CAM-CCBC n. 78/2016/SEC7, Libra et. al. v. CODESP e União Federal.

uma prática que marcou as contratações públicas brasileiras²⁰⁶. Conforme descreve Affonso Celso Pastore, alguns empresários ofereciam propostas baixíssimas para vencer as licitações, sob a expectativa de, posteriormente, renegociar o contrato, o que se denomina *seleção adversa*²⁰⁷.

Desse modo, a decisão do tribunal arbitral, em desfavor da Libra, e consequentemente, dessa prática, tem o potencial de precedente para outros casos e licitações²⁰⁸. Tanto é assim que o próprio Estado de São Paulo invocou a referida sentença em outro procedimento arbitral²⁰⁹:

“Por pertinente ao tema, o Requerido 1 [Estado de São Paulo] **chama atenção para o relevante precedente consolidado na Sentença Arbitral Parcial do Caso Libra (Procedimento Arbitral CAM-CCBC n. 78/2016/SEC7 – Doc. RDO1-79)**, oportunidade na qual o tribunal reconheceu, em contexto muito semelhante ao presente, a impossibilidade de se conferir eficácia jurídica a aditivos contratuais não formalizados em observância às normas da Lei Federal n. 8.666/93, por incidência cogente do regime de direito público dos contratos administrativos” [grifou-se]

Vê-se, portanto, como a publicação de sentenças arbitrais nos conflitos envolvendo a Administração Pública também abre possibilidades para o desenvolvimento dessa seara.

3.2.3. O Caso das Arbitragens Societárias

²⁰⁶ FERREIRA, Ana Luiza de Alcântara. A Primeira Sentença Arbitral que Resolveu o Maior Litígio no Setor Portuário e no qual, pela Primeira Vez, a União Compareceu Voluntariamente como Parte. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 61, abr.-jun., 2019, p. 63.

²⁰⁷ PASTORE, Affonso Celso. O setor privado e os investimentos em infraestrutura. In: *Infraestrutura: eficiência e ética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. pp. 28-29.

²⁰⁸ “Isso significa dizer que a presente arbitragem deverá servir de exemplo às verdadeiras aventuras praticadas por empresas que, na intenção de auferir vantagem econômica, acaba por causar demasiado prejuízo ao erário público, que muitas vezes é irreversível. **A arbitragem entre LIBRA, CODESP e UNIÃO, portanto, será verdadeira referência não só à história da arbitragem no Brasil – tanto no mérito, quanto no procedimento –, mas também ao setor portuário, à Administração Pública, e ao atual cenário político e econômico do país, que há muito se depara com entraves ao verdadeiro funcionamento do Estado Democrático de Direito.**” [grifou-se] (FERREIRA. *Op. Cit.*, p. 64).

²⁰⁹ Manifestação em Resposta à Ordem Procedimental nº 13, de 28 de setembro de 2020, pp. 18-19, §42. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/Arbitragem_get_file.asp?idr=311>.

No Brasil, a arbitragem é comumente utilizada para a resolução de conflitos societários. Tanto é assim que mais de 50% das disputas administradas pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”) versaram sobre “*contratos de compra e venda de ações/quotas, acordos de acionistas e outros contratos de cunho societário*”²¹⁰.

Tendo em vista que grande parte dos conflitos societários é dirimida por arbitragem, Selma Lemes constata a “*escassez de jurisprudência*” estatal sobre o assunto²¹¹. Desse modo, entende que a publicação de sentenças arbitrais auxiliaria no conhecimento dos fundamentos jurídicos das decisões, tornando a jurisprudência arbitral um importante norte do direito material²¹².

Nesse contexto, a Câmara de Arbitragem do Mercado (“CAM”), única instituição arbitral autorizada a administrar conflitos societários no segmento do Novo Mercado²¹³, previu desde 2018 a publicação de ementários de sentenças arbitrais dos procedimentos administrados pela instituição. Tais ementários possuem dois objetivos: (i) conferir maior transparência ao instituto da arbitragem; e (ii) refletir o entendimento especializado acerca da aplicação do Direito Empresarial²¹⁴.

Na mesma linha, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”), juntamente com a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) e o Ministério da Economia brasileiro,

²¹⁰ CAM-CCBC. *Relatório Anual 2019: Fatos e Números*. 2019, 15.

²¹¹ LEMES. *Op. Cit.*, p. 7.

²¹² *Ibid.*

²¹³ Art. 39 do Regulamento do Novo Mercado: “O estatuto social deve contemplar cláusula compromissória dispondo que a companhia, seus acionistas, administradores, membros do conselho fiscal, efetivos e suplentes, se houver, obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, na forma de seu regulamento, qualquer controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada com ou oriunda da sua condição de emissor, acionistas, administradores e membros do conselho fiscal, e em especial, decorrentes das disposições contidas na Lei nº 6.385/76, na Lei nº 6.404/76, no estatuto social da companhia, nas normas editadas pelo CMN, pelo BCB e pela CVM, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de valores mobiliários em geral, além daquelas constantes deste regulamento, dos demais regulamentos da B3 e do contrato de participação no Novo Mercado”.

²¹⁴ CAM. *Ementário*. 3ª ed., São Paulo, 2020, p. 3.

produziu em 2020 um estudo visando ao fortalecimento de direitos dos acionistas²¹⁵. Tal estudo destacou três principais desafios para a manutenção da confidencialidade como regra²¹⁶:

“(i) shareholders who might be affected by decisions of the arbitrators do not have the opportunity to intervene in the proceeding; (ii) arbitral decisions lose their reputational effects, which might be important to deter mismanagement and abuse; (iii) market participants lose an important source to understand what their duties as managers and controlling shareholders effectively mean in concrete cases”.

À vista disso, a OCDE sugeriu, em linha com instituições arbitrais alemãs e estadunidenses, que as companhias públicas brasileiras e os seus acionistas controladores sejam obrigados a publicar informações suficientes sobre as principais fases dos procedimentos arbitrais envolvendo direitos de acionistas, desde o requerimento de arbitragem até a sentença final²¹⁷.

Foi em razão das sugestões da OCDE que a CVM promoveu a Audiência Pública SDM 01/2021, por meio da qual discutiu a inclusão de novo inciso XLIV no art. 30 da Instrução CVM nº 480, de 2009, para criar a obrigação de divulgação de comunicação sobre “*demandas societárias*”, o que inclui procedimentos arbitrais²¹⁸.

²¹⁵ OCDE. *Private enforcement of shareholder rights: A comparison of selected jurisdictions and policy alternatives for Brazil*, 2020. Disponível em <<http://www.oecd.org/corporate/shareholder-rights-brazil.htm>>. Acesso em 19 mar 2022.

²¹⁶ “(i) os acionistas que possam ser afetados pelas decisões dos árbitros não têm a oportunidade de intervir no procedimento; (ii) decisões arbitrais perdem o seu efeito reputacional, o que pode ser importante para impedir a má administração e o abuso; (iii) os participantes do mercado perdem uma fonte importante para a compreensão de quais são efetivamente os seus deveres como administradores e acionistas controladores nos casos concretos” [tradução livre] (*Ibid.*, p. 16).

²¹⁷ *Ibid.*, p. 17.

²¹⁸ CVM. Edital de Audiência Pública SDM Nº 01/21, p. 1. A proposta do inciso XLIV do art. 30 da ICVM nº 480 possui a seguinte redação: “*comunicação sobre demandas societárias, nos termos e prazos estabelecidos no Anexo 30*”. De acordo com o Edital de Audiência Pública SDM Nº 01/21, o emissor deveria, além de noticiar a instauração de demanda societária ao mercado, divulgar eventuais decisões arbitrais e o “*resultado de sentenças de mérito*”. Proposta de Art. 2º, i e iii do Anexo 30-XLIV: “Art. 2º O emissor deve divulgar ao mercado as informações relevantes da demanda, incluindo: I – notícia acerca da sua instauração, no prazo de 3 (três) dias úteis a contar, conforme figure a parte na condição de demandante ou demandado, da data de propositura da ação ou da citação ou, em caso de arbitragem, da apresentação do requerimento de sua instauração ou do seu recebimento, indicando: a) partes no processo; b) valores, bens ou direitos envolvidos; c) principais fatos; e d) pedido ou provimento pleiteado; [...] III – no caso de arbitragem, eventuais decisões provisórias (concedidas ou denegadas), decisões sobre jurisdição dos árbitros (positiva ou negativa), decisões sobre impugnação de árbitros (acolhendo ou rejeitando) e resultado de sentenças de mérito, no prazo de 3 (três) dias úteis a contar de seu conhecimento pela parte”.

Nas palavras do atual Presidente da CVM, Marcelo Barbosa, a proposta, em linha com outras iniciativas, visava aumentar a efetividade dos direitos de acionistas de companhias abertas brasileiras, “*por meio da garantia de maior transparência de processos arbitrais em que direitos seus sejam potencialmente afetados*”²¹⁹.

Nesse sentido, em 29 de março de 2022, a CVM aprovou a resolução nº 80, por meio da qual formalizou certas modificações pretendidas com a Audiência Pública SDM Nº 01/21. De acordo com a recente resolução, o emissor deve, além de noticiar a instauração de demanda societária ao mercado, divulgar eventuais decisões arbitrais e “*sentenças arbitrais, parciais ou finais*”²²⁰.

3.2.4. O Caso das Arbitragens Desportivas

Em relação a arbitragens desportivas, cabe especial consideração para o *Court of Arbitration for Sport* (“CAS”), ou em sua outra denominação oficial: *Tribunal Arbitral du Sport*²²¹. Criado pelo Comitê Internacional Olímpico (“COI”) em 1983, trata-se de instituição arbitral que atua na administração de procedimentos relativos ao campo esportivo de altíssimo nível, como as olimpíadas, ou os campeonatos mundiais de futebol da *Fédération Internationale de Football Association* (“FIFA”)²²².

²¹⁹ Disponível em: <<https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/cvm-lanca-audiencia-publica-sobre-divulgacao-de-demandas-societarias>>. Acesso em 19 mar 2022.

²²⁰ Art. 2º, I do Anexo I à Resolução CVM nº 80, de 29 de março de 2022: “O emissor deve divulgar ao mercado as principais informações relativas à demanda, incluindo: I – notícia acerca da sua instauração, no prazo de 7 (sete) dias úteis a contar, conforme figure a parte na condição de demandante ou demandado, da data de propositura da ação ou da citação ou, em caso de arbitragem, da apresentação do requerimento de sua instauração ou do seu recebimento, indicando: a) partes no processo; b) valores, bens ou direitos envolvidos; c) principais fatos; d) pedido ou provimento pleiteado. [...] III – no caso de arbitragem, apresentação de resposta, celebração de termo de arbitragem ou documento equivalente que represente estabilização da demanda, decisões sobre medidas cautelares ou de urgência, decisões sobre jurisdição dos árbitros, decisões sobre inclusão ou exclusão de partes e sentenças arbitrais, parciais ou finais, no prazo de 7 (sete) dias úteis a contar de seu conhecimento pela parte”.

²²¹ LINDHOLM, Johan. *The Court of Arbitration for Sport and Its Jurisprudence: An Empirical Inquiry into Lex Sportiva*. International Sports Law Series, The Hague: Asser Press, 2019, p. 3.

²²² *Ibid.*, p. 5.

Consoante o seu Regulamento (*i.e.*, *Code of Sports-related Arbitration*), as sentenças arbitrais proferidas no âmbito do CAS são publicadas e disponibilizadas por meio do seu website, a não ser que alguma das partes se oponha à publicação²²³⁻²²⁴.

Em razão da especialidade desse meio, da quantidade limitada de decisões desportivas e da relevância das disputas, diz-se que a jurisprudência arbitral da CAS participa da criação e do desenvolvimento da *lex sportiva*. Esse termo se inspira na *lex mercatória* e significa: (i) uma “*judge-made sports law*”, fundamentado principalmente na jurisprudência da CAS²²⁵; ou (ii) uma ordem transnacional autônoma unicamente aplicável à seara esportiva²²⁶.

Tamanha é a relevância das decisões prévias de procedimentos administrados pelo CAS, que o tribunal arbitral do caso *Andrea Anderson et. al. v. International Olympic Committee*, declarou que²²⁷:

[...] although a CAS panel in principle might end up deciding differently from a previous panel, it must accord to previous CAS awards a substantial precedential value and it is up to the party advocating a jurisprudential change to submit

²²³ Podem-se encontrar as sentenças proferidas no âmbito da CAS por meio do seguinte site: <<https://www.tas-cas.org/en/jurisprudence/archive.html>>.

²²⁴ Item R59 do Code of Sports-related Arbitration: “*The award, a summary and/or a press release setting forth the results of the proceedings shall be made public by CAS, unless both parties agree that they should remain confidential. In any event, the other elements of the case record shall remain confidential*”.

²²⁵ “*Sports law has developed and consolidated along the years, particularly through the arbitral settlement of disputes, a set of unwritten legal principles – a sort of lex mercatoria for sports or, so to speak, a lex ludica – to which national and international sports federations must conform, regardless of the presence of such principles within their own statutes and regulations or within any applicable national law, provided that they do not conflict with any national “public policy” (“ordre public”) provision applicable to a given case*” (Tribunal Arbitral CAS, nº 98/200, AEK Athens and SK Slavia Prague v. Union of European Football Associations (UEFA), §156).

²²⁶ LINDHOLM. *Op. Cit.*, pp. 9-10.

²²⁷ “[...] embora o painel CAS pode em princípio decidir diferentemente do painel anterior, ele deve conferir às sentenças CAS passadas um substancial valor de precedente e é para a parte que advoga pela mudança jurisprudencial a chance de submeter argumentos e provas para tanto. Assim sendo, a sentenças CAS 2004/A/725 é um precedente muito importante e o painel extrairá significativa orientação dele” [tradução livre] (Tribunal Arbitral CAS, nº 2008/A/1545, *Andrea Anderson et. al. v. International Olympic Committee (IOC)*, §55). Nesse sentido: “[t]he Panel feels that CAS rulings form a valuable body of case law and can contribute to strengthen legal predictability in international sports law. Therefore, although not binding, previous CAS decisions can, and should, be taken into attentive consideration by subsequent CAS panels, in order to help developing legitimate expectations among sports bodies and athletes” (Tribunal Arbitral CAS, nº 97/176, *Jogert*, §40).

persuasive arguments and evidence to that effect. Accordingly, the CAS 2004/A/725 award is a very important precedent and the Panel will draw some significant guidance from it.

Percebe-se, na jurisprudência do CAS, uma tentativa de manutenção da *ratio decidendi* das decisões anteriores. Os tribunais arbitrais cautelosamente utilizam a técnica do “*distinguishing*” em relação a casos anteriores se a decisão seguir um caminho diferente, em um estilo inglês de sistema de precedentes²²⁸.

²²⁸ LINDHOLM. *Op. Cit.*, pp. 9-10. REILLY, Louise. Introduction to the Court of Arbitration for Sport (CAS) and the Role of National Courts in International Sports Disputes. *Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2012, Issue 1, 2012, p. 75.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, estudou-se a relação da arbitragem com o direito comercial. A internacionalidade do instituto, a sua flexibilidade e a possibilidade de confidencialidade estimulam empresários e comerciantes a utilizarem esse método heterocompositivo de resolução de disputas.

Percebeu-se que os desafios com a promoção da transparência, a manutenção da confidencialidade e a publicação das sentenças arbitrais não são de simples solução e ainda existe perceptível divergência na doutrina sobre o endereçamento de cada uma dessas questões.

De modo a elucidar relevantes conceitos e entendimentos para a comunidade arbitral, para os usuários e para a academia, apontam-se os resultados da presente pesquisa, bem como as recomendações sobre a publicação sistemática de sentenças arbitrais visando à evolução do direito comercial.

Resultados:

1. A confidencialidade, embora de suma importância para os usuários, não se percebe como característica inerente à arbitragem.
2. Há expectativa e, até mesmo, exigência de aumento da transparência na arbitragem por parte de professores, árbitros, advogados, usuários e juízes. Constatou-se que o escopo da transparência almejada se concentra no acesso ao conteúdo das sentenças arbitrais.
3. A publicação sistemática de sentenças arbitrais não encontra obstáculo na obrigação de confidencialidade do procedimento arbitral.
4. Inexiste consenso sobre o valor que se atribui à sentença arbitral. A doutrina utiliza diversos termos, com diferentes significados, tais como: jurisprudência arbitral, precedente arbitral ou corpo de conhecimento.

Recomendações

1. Ausente regulamentação uniforme sobre a confidencialidade da arbitragem, sugere-se que as partes estabeleçam expressamente, quando da assinatura do termo de arbitragem, o escopo e a duração da obrigação de confidencialidade ou, ao menos, escolham uma instituição arbitral que, em seu regulamento, trate expressamente do assunto.
2. As instituições arbitrais devem prever de maneira detalhada a incidência da confidencialidade, a possibilidade de publicação de sentenças arbitrais e o modo pelo qual tal publicação se daria.
3. A publicação sistemática de sentenças arbitrais deve ser a regra nas instituições arbitrais, com a opção pela confidencialidade da sentença seguindo um modelo *opt-out* de publicação (em que a parte deve se manifestar para que a sentença não seja publicada).
4. Recomenda-se a utilização do termo jurisprudência arbitral, com a seguinte definição: entendimento comum dos tribunais arbitrais, estabelecido de maneira voluntária, sobre uma determinada matéria, que pode contribuir para a fundamentação dos árbitros em um caso concreto.

Espera-se que essas humildes contribuições possam auxiliar a comunidade arbitral a enfrentar os desafios das inevitáveis vicissitudes da arbitragem com a sua legitimação como parte de um sistema transnacional de justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZZALI, Stefano. Introduction: Balancing Confidentiality and Transparency. In MALATESTA, Alberto; SALI, Rinaldo (eds.) *The Rise of Transparency in International Commercial Arbitration*, Huntington: Juris, 2013.

BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham*. Published under the superintendence of his executor, John Bowring. Vol. IV, New Yoek: Russel & Russel · INC, 1962.

BENTOLILA, Dolores. Towards a Doctrine of Jurisprudence in Treaty-Based Investment Arbitration. 2010. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/301823/mod_resource/content/0/DOLORES%20BENTOLILA%20-%20Towards%20a%20Doctrine%20of%20Jurisprudence%20in%20Treaty-Based%20Investment%20Arbitration%20.pdf>. Acesso em 19 mar 2022.

BERGER, Klaus Peter. The International Arbitrators' Application of Precedents. *Journal of International Arbitration*, Vol. 9, 1992, pp. 5-22.

BERNSTEIN, Lisa. Beyond Relational Contracts: Social Capital and Network Governance in Procurement Contracts. *Journal of Legal Analysis*, Vol. 7, Nº 2, Winter, 2015.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration: cases and materials*. The Hague: Kluwer Law International, 2011.

BREKOULAKIS, Stavros. Chapter 1: Introduction: The Evolution and Future of International Arbitration. In BREKOULAKIS, Stavros; LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas D.M. (eds), *The Evolution and Future of International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Vol. 37, 2016.

BUYS, Cindy G. The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration. *The American Review of International Arbitration*, Vol. 14, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (trad.), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARMO, Lie Uema do. *Análise Econômica da Interpretação Contratual*. São Paulo, 2006, Dissertação de mestrado em Direito Civil na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CARMO, Lie Uema do. The social transaction costs of confidentiality in commercial and corporate arbitration: insights from brazil, *working paper*.

CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris, Dalloz, 2001.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, October, 1960.

COHEN, Daniel. *Arbitrage et Société*. Paris, LGDJ, 1993.

Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) em colaboração com Ipsos. Arbitragem no Brasil, 2021.

Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2021*. Brasília: CNJ, 2021.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CREMADES, Bernardo M. The Impact of International Arbitration on the Development of Business Law. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 31, nº 3, 1983.

CWMGIEDD, Lord Thomas of. Developing Commercial Law Through the Courts: Rebalancing the Relationship Between the Courts and Arbitration. The Bailii Lecture, 2016. Disponível em: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/03/lcj-speech-bailli-lecture-20160309.pdf>>. Acesso em 19 mar 2022.

CWMGIEDD, Lord Thomas of. Launch of TheCityUK's Legal Services Report 2016. Disponível em: <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/10/lcj-speech-launch-of-thecityuk-legal-services-report-2016.pdf>>. Acesso em 19 mar 2022.

DAVID, René. Arbitration in International Trade. *Kluwer Law and Taxation Publishers*, Deventer, 1985.

DAVID, René. Droit Naturel et Arbitrage. *Natural Law and World Law*. Essays to Commemorate the Sixtieth Birthday of Kotaru Tanaka, Tokyo, Yuhikaku, 1954, p. 19; OPPETIT, Bruno. Philosophie du Droit. Paris, Dalloz, 1999.

DAVIS, Kevin E. Contracts as Technology. *New York University Law Review*, Vol. 88, 2013.

DE LY, Filip; FRIEDMAN, Mark; BROZOLO, Luca Radicati di. Confidentiality in International Commercial Arbitration. In ILA International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations, *Arbitration International*, vol. 28, nº 3, 2012.

DEZALEY, Yves; GARTH, Bryant G. *Dealing in Virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*. The University of Chicago Press: Chicago & London, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 8ª ed, São Paulo: Malheiros, 2000.

FERNANDÉZ-ARMESTO, Juan. The Time has come – A Plea for Abandoning Secrecy in Arbitration. *Les Cahiers de l'Arbitrage*. The Paris Journal of International Arbitration, nº 3, 2012.

FERREIRA, Ana Luiza de Alcântara. A Primeira Sentença Arbitral que Resolveu o Maior Litígio no Setor Portuário e no qual, pela Primeira Vez, a União Compareceu Voluntariamente como Parte. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 61, abr.-jun., 2019.

FOLLONIERAYALA, Alejandro. ¿Jurisprudencia arbitral o precedente arbitral? *Spain Arbitration Review*, Revista del Club Español del Arbitraje, España, vol. 28, 2017.

FRANÇA, Rubens, Limongi. Da Jurisprudência como Direito Positivo. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade De São Paulo, Vol. 66, 1971.

FRENCH, Robert. The State of the Australian Judicature. Law Council of Australia and the Australian Bar Association, 29 April 2016. Disponível em: <<https://cdn.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/current-justices/frenchcj/frenchcj29Apr2016.pdf>>. Acesso em 19 mar 2022.

FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Revised Edition. New Haven and London: Yale University Press, 1969.

GAILLARD, Emmanuel. Foreword. In GAILLARD, Emmanuel; BANIFATEMI, Yas (eds.), *Precedent in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 5, Huntington: Juris Publishing, 2008.

GAILLARD, Emmanuel. International Arbitration as a Transnational System of Justice. VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed.) *International Council for Commercial Arbitration: Arbitration – The Next Fifty Years*. ICCA Congress Series No. 16, Kluwer Law International, 2012.

GAILLARD, Emmanuel. *Legal Theory of International Arbitration*. Printforce: Netherlands, 2010.

GAILLARD, Emmanuel; BANIFATEMI, Yas. The Long March towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment – Salini v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4. In KINNEAR, Meg; FISCHER, Geraldine R.; ALMEIDA, Jara Mínguez; TORRES, Luisa Fernanda; BIDEGAIN, Mairée Uran (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2015.

GAUDET, Michel. *La Coopération des Juridictions Etatiques À l'Arbitrage Institutionnel*. Association Suisse de l'Arbitrage, Kluwer Law International, Vol. 6, Issue 2, 1988.

GOLDMAN, Berthold. Frontières du droit et “lex mercatoria”. *Archives de philosophie du droit*, 1964.

GOODE, Roy. The Role of the Lex Loci Arbitri. In *International Arbitration*, Vol. 17, n° 1, 2001.

HADDAD, Ana Olivia Antunes. *Transparência no Processo Arbitral*. São Paulo: Almedina, 2021.

JONES, Douglas S. Arbitrators as Law-Makers. *Indian Journal of Arbitration Law*, Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, Jodhpur, Vol. VI, Issue 2, 2017.

JR. Fredie Diddier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2, 10ª ed., Salvador: JusPodivm, 2015.

JÚDICE, José Miguel. Confidencialidade e Transparência em Arbitragens de Direito Público. In SOUSA, Marcelo Rebelo de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz (Coords). *Liber Amicorum Fausto de Quadros*. 1ª ed., Vol. I, Coimbra: Almedina, 2016.

KASSIS, Antoine. Théorie générale des usages du commerce. Cap. VIII, *Le mythe de la jurisprudence arbitrale considérée comme une source du droit du commerce internationale*. Paris: LGDJ, 1984.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? *Arbitration International*, Vol. 23, Issue 3, 2007.

KUYVEN, Fernando. O necessário precedente arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 36, 2013.

LEGUM, Barton. The Definitions of “Precedent” in International Arbitration. In GAILLARD, Emmanuel; BANIFATEMI, Yas (eds.), *Precedent in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 5, Huntington: Juris Publishing, 2008.

LEITE, Antônio Pinto. Papel das Instituições de Arbitragem na Construção da Jurisprudência Arbitral – a Procura das Melhores Práticas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. XI, Issue 41.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em Números e Valores. Período de 2017 (jan./dez.) a 2018 (jan./dez.), 2019. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>>. Acesso em 19 mar 2022.

LEW, Julian D. M. Achieving the Dream: Autonomous Arbitration. In PARK, William W. (ed.). *Arbitration International*. Oxford University Press, Vol. 22, Issue 2, 2006, p. 186. Ver também: GAILLARD. Op. Cit, 2010.

LEW, Julian D. M. The Case for the Publication of Arbitration Awards. In: *The Art of Arbitration*. Essays on International Arbitration Liber Amicorum Pieter Sanders. Jan C. Schultz. Albert Jan van Den Berg (eds.), Kluwer, Deventer, The Netherlands, 1982.

LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003.

LINDHOLM, Johan. *The Court of Arbitration for Sport and Its Jurisprudence: An Empirical Inquiry into Lex Sportiva*. International Sports Law Series, The Hague: Asser Press, 2019.

LOQUIN, E. L'application de règles nationales dans l'arbitrage commercial international. *L'apport de la jurisprudence arbitrale*. ICC Publication n° 440/1, 1986.

MANGE, Flavia Foz. *Processo Arbitral: Aspectos Transnacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

MANN, F. A. The UNCITRAL Model Law - Lex Facit Arbitrum. *International Arbitration*, Vol. II, n° 3, 1986.

MANN, Francis. A. Lex Facit Arbitrum. In *International Arbitration*. Liber Amicorum for Martin Domke, The Hague, Martinus Nijhoff, 1967.

MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na Arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARTIN, A. Timothy. Lex Petrolea in International Law. In *Dispute Resolution in the Energy Sector: A Practitioner's Handbook*, London: Globe Law & Business, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MCILWRATH, Michael; SCHROEDER, Roland. Transparency in International Arbitration: What Are Arbitrators and Institutions Afraid Of? In *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*. The Fordham Papers, 2010.

MCLACHLIN, Beverly. Judging the Vanishing Trial in the Construction Industry. *Construction Law International*, Vol. 5, Issue 2, 2010.

MEDINA, José María Chillón; MERCHÁN; José F. Merino. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Civitas, 1978.

MISTELIS, Loukas. Unidroit Principles applied as “Most Appropriate Rules of Law1” in a Swedish Arbitral Award. *Uniform Law review*, Vol. VIII, 2003.

MOURRE, Aleix. Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: The Case For A Systematic Publication Of Arbitral Awards In 10 Questions... In Kluwer Arbitration Blog. Disponível em: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/05/28/arbitraljurisprudence-in-international-commercial-arbitration-the-case-for-a-systematic-publication-of-arbitral-awards-in-10-questions/>>. Acesso em 19 mar 2022.

MOURRE, Alexis. Arbitral Institutions and Professional Organizations as Lawmakers. In KALICKI, Jean Engelmayer; RAOUF, Mohamed Abdel (eds.), *Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*. ICCA Congress Series, Vol. 20, 2019.

NORTH, Cara. The Erosion of Commercial Law as a Consequence of Arbitration: Fact or Fiction. *ICC Dispute Resolution Bulletin*, Issue 1, 2021.

NOTTAGE, Luke. *The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration*. Sydney Law School Research Paper No. 06/51, 2006. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=838028>. Acesso em 19 mar 2022.

OCDE. Private enforcement of shareholder rights: A comparison of selected jurisdictions and policy alternatives for Brazil, 2020. Disponível em <<http://www.oecd.org/corporate/shareholder-rights-brazil.htm>>. Acesso em 19 mar 2022.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo Arbitral e Sistema*. São Paulo, 2009. Tese de doutorado da Faculdade de Direito da universidade de São Paulo.

PASTORE, Affonso Celso. O setor privado e os investimentos em infraestrutura. In: *Infraestrutura: eficiência e ética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.

PAULSSON, Jan. *Arbitration in Three Dimensions*. LSE Legal Studies Working Paper nº 2, 2010.

PAULSSON, Jan. *Collection of ICC Arbitral Awards: Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985* edited by Sigvard Jarvin and Yves Derains. In *Arbitration International*, Vol. 6, Issue 3, 1990.

PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

PAULSSON, Jan; RAWDING, Nigel. The Trouble with Confidentiality. *Arbitration International*, vol. 11, n° 3, 1995.

PERNT, Victoria. How Much (More) Transparency Does Commercial Arbitration Really Need? Kluwer Arbitration Blog, 2017. Disponível em: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/03/04/how-much-more-transparency-does-commercial-arbitration-really-need/>>. Acesso em 19 mar 2022.

PINNA, Andrea. *La spécificité de la jurisprudence arbitrale*. Jusletter, 2006.

PINTO, José Emílio Nunes. A Confidencialidade na Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Vol. 6, jul-set, 2005.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A Economia da Arbitragem: Escolha Racional e Geração de Valor. *Revista de Direito GV*, Vol. 4(1), Jan-Jun, 2008.

Queen Mary University of London em colaboração com o escritório Pinsent Masons. *International Arbitration Survey: International Construction Disputes*. 2019.

Queen Mary University of London em colaboração com o escritório White & Case. *International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world*, 2021. Disponível em: <<https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2021-international-arbitration-survey/>> Acesso em 19 mar 2022.

REILLY, Louise. Introduction to the Court of Arbitration for Sport (CAS) and the Role of National Courts in International Sports Disputes. *Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2012, Issue 1, 2012.

REYMOND-ENIAEVA, Elza. *Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration*. European

Yearbook of International Economic Law Monographs – Studies in European and International Economic Law, Vol. 7, 2019.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Comentários sobre a Arbitragem no Brasil: Custos, Eficiência e Outras Questões Controvertidas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Vol. 48, jan-mar, 2016.

ROGERS, Catherine A. Transparency in International Commercial Arbitration. *Kansas Law Review*, Vol. 54, 2006.

ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. JÚNIOR, Arno Dal Ri (trad.), Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SALI, Rinaldo. Transparency and confidentiality: how and why to publish arbitration decisions. In: MALATESTA, Alberto; SALI, Rinaldo (eds). *The rise of transparency in international arbitration: the case for the anonymous publication of arbitral awards*, New York: Juris, 2013.

SAMRA, Harout; AZAR, Cecilia. ICC Ushers in New Era of Transparency. *ICC Dispute Resolution Bulletin*, Issue I, 2017.

SCHILL, Stephan W. Conceptions of Legitimacy of International Arbitration. In *Practising Virtue – Inside International Arbitration*. CARON, David D.; SCHILL, Stephan W.; SMUTNY, Abby Cohen; TRIANTAFILOU, Epaminontas E. (Eds.) Oxford: Oxford University Press, 2015.

SILVA, Diogo Dias da. *Publicação das Decisões Arbitrais e Jurisprudência - Critérios para a Formação de uma Jurisprudência Arbitral*. São Paulo, 2020. Dissertação de mestrado apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

SIX, Bernard. *Confidentiality in International Arbitration: Virtue or Vice?* Jones Day Professorship in Commercial Law Lecture. Singapore Management University, Singapore, 2016.

TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

TRIGO, Ana Coimbra; GOUVEIA, Mariana França. Liability of Arbitral Institutions: a case law overview. In BOSCO, Lee; MANGE, Flavia (eds.), *Revista Brasileira de Arbitragem*, Kluwer Law International, Vol. XV, Issue 60, 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VAN DEN BERG, Albert Jan. International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea. *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXIII, ICCA & Kluwer Law International, 1998.

WALDE, Thomas. Confidential Awards as Precedent in Arbitration: Dynamics and Implication of Award Publication. In GAILLARD, Emmanuel; BANIFATEMI, Yas (eds.), *Precedent in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 5, Huntington: Juris Publishing, 2008.