

Revista de Direito Mercantil

industrial,
econômico e
financeiro

vol.

127



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLI — n. 127 — julho-setembro de 2002

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,

RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 289-0811

Fax: (011) 251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros
Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato
Composição: *Scripta*

SUMÁRIO

DOCTRINA

SOCIEDADE ANÔNIMA: INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO

- CALIXTO SALOMÃO FILHO 7

ATUALIDADES

REGIME SANCIONATÓRIO EM DIREITO BANCÁRIO

- ARMINDO SARAIVA MATIAS 21

AS SOCIEDADES LIMITADAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

— A LIMITAÇÃO DO DIREITO DE CONTRATAR

- PAULO ALBERT WEYLAND VIEIRA E ANA PAULA DE CARVALHO REIS 30

ACORDOS FINANCEIROS E A RESOLUÇÃO 3.039/2002

DO BANCO CENTRAL — DISTORÇÃO NA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR

- HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA 52

SOBRE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA DE EMPRESAS NO BRASIL

- RENATO LUIZ DE MACEDO MANGE 56

OS COMPROMISSOS DE VOTO NOS ACORDOS DE ACIONISTAS E SUA EFICÁCIA EXECUTIVA

- JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA 63

CONFIDENCIALIDADE EM ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

- HEE MOON JO 68

A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: O ART. 192 E O MITO DA LEI COMPLEMENTAR ÚNICA

- LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA E JEAN PAUL CABRAL VEIGA DA ROCHA 79

ACORDOS DE ACIONISTAS SOBRE O EXERCÍCIO DO PODER DE CONTROLE

(Análise das principais alterações introduzidas ao art. 118 da Lei das S/A
pela Lei 10.303/2001)

- MIGUEL TORNOVSKY 93

O SISTEMA DE PAGAMENTOS BRASILEIRO (SPB)

- ALMIR ROGÉRIO GONÇALVES 107

AS IMPORTAÇÕES PARALELAS À LUZ DO PRINCÍPIO DE EXAUSTÃO DO DIREITO DE MARCA E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS CONTRATUAL E CONCORRENCIAL

- CLÁUDIA MARINS ADIERS 127

FUNDAMENTO E EFEITOS JURÍDICOS DA GOVERNANÇA CORPORATIVA NO BRASIL	
— MILTON NASSAU RIBEIRO	165
PESSOAS JURÍDICAS DOMICILIADAS NO EXTERIOR	
— OBRIGATORIEDADE DE INSCRIÇÃO NO CNPJ	
— ZANON DE PAULA BARROS	175
 DIREITO E ECONOMIA	
MUDANÇA INSTITUCIONAL, A PERSPECTIVA DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL	
— BASILIA AGUIRRE	179
 JURISPRUDÊNCIA COMENTADA	
COBRANÇA JUDICIAL DE DIVIDENDOS PRIORITÁRIOS: DESNECESSIDADE DE ANULAÇÃO DE DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR	
— CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES	189
 ESPAÇO DISCENTE	
A RELAÇÃO ENTRE O NOVO SPB E OS TÍTULOS DE CRÉDITO. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS	
— ANDRÉ BUENO DA SILVEIRA, ARTHUR MARINHO, EDSON FÁBIO GARUTTI MOREIRA E IBERÊ UCHOA DE AZEVEDO BARBOSA	215
O ABUSO DE DIREITO NA DENÚNCIA DOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO: O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E AS DISPOSIÇÕES DO NOVO CÓDIGO CIVIL	
— PAULO EDUARDO LILLA	229

COLABORAM NESTE NÚMERO

ALMIR ROGÉRIO GONÇALVES

Advogado em São Paulo

ANA PAULA DE CARVALHO REIS

Advogada

ANDRÉ BUENO DA SILVEIRA

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP. Bolsista da FAPESP. Monitor da Cátedra de História do Direito na FADUSP

ARMINDO SARAIVA MATIAS

Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa. Consultor do Banco de Portugal

ARTHUR MARINHO

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP. Pesquisador do CNPq, junto ao Departamento de Direito do Estado

BASILIA AGUIRRE

Professora da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo — FEA/USP

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP

CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP

CLÁUDIA MARINS ADIERS

Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul — UFRGS. Advogada no Rio Grande do Sul

EDSON FÁBIO GARUTTI MOREIRA

Jornalista. Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP. Foi pesquisador selecionado pelo CNPq

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo — USP. Professor de Direito Comercial das Faculdades de Direito da USP e da FAAP. Membro do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Consultor

HEE MOON JO

Mestre em Direito pela *Korea University*. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo — USP. Professor do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da USF. Árbitro Comercial do *Korea Commercial Arbitration Board*

IBERÊ UCHOA DE AZEVEDO BARBOSA

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP

JEAN PAUL CABRAL VEIGA DA ROCHA

Doutorando em Direito Econômico na Universidade de São Paulo — USP

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Professor de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ. Advogado

LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo — USP.
Doutorando em Direito Constitucional e Teoria do Direito na Universidade de Kiel, Alemanha

MIGUEL TORNOVSKY

Formado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ.
Mestre em Direito pela *Columbia Law School*, em Nova Iorque. Advogado

MILTON NASSAU RIBEIRO

Pós-Graduado em Direito de Empresas e da Economia pela Fundação Getúlio Vargas — FGV. Mestrando em Direito de Empresa na Faculdade de Direito Milton Campos, BH/MG. Advogado

PAULO ALBERT WEYLAND VIEIRA

Professor de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ. Mestre em Direito pela Universidade de Cambridge, Inglaterra. Advogado

PAULO EDUARDO LILLA

Graduando da Fundação Armando Álvares Penteado — FAAP

RENATO LUIZ DE MACEDO MANGE

Ex-Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo. Advogado em São Paulo

ZANON DE PAULA BARROS

Advogado

Atualidades

CONFIDENCIALIDADE EM ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

HEE MOON JO

1. Introdução. 2. Característica da obrigação de confidencialidade: princípio de direito "vs." obrigação contratual: 2.1 Não existência do dever de confidencialidade; 2.2 Existência do dever de confidencialidade. 3. Regras das instituições arbitrais. 4. Conclusão.

1. Introdução

A confidencialidade é a maior vantagem da arbitragem para a solução de conflitos comerciais internacionais, além da já conhecida velocidade do processo arbitral. No entanto, na prática, a confidencialidade e o segredo do processo arbitral, bem como de seu respectivo laudo, não estão tão claramente protegidos como costumamos imaginar.

Antes de mais nada, as partes têm reiteradamente entendido que a arbitragem é confidencial. Todavia, até que uma lei, regra de instituição arbitral ou mesmo um acordo entre as partes disponha neste sentido, não há nenhuma garantia e muito menos a obrigação de se preservar a confidencialidade em um processo arbitral internacional. Não há um só costume ou uma regra amplamente aceita dispondo que a convenção de arbitragem *per si* crie para as partes o dever da confidencialidade de um modo *inerente e natural* quanto ao resultado da mesma e nem com relação aos seus procedimentos, tais como provas, documentos, laudos etc.

De um modo geral, as pessoas entendem a arbitragem como sendo algo necessariamente privado e confidencial. No en-

tanto, se não houver um acordo específico sobre as questões da confidencialidade e da privacidade, será a lei que regulará tal matéria. Considerando que as inúmeras leis nacionais em jurisdições diferentes têm interpretações diametralmente opostas com relação a tal questão, não nos parece conveniente relegar a elaboração do acordo.

Quais seriam os materiais considerados confidenciais em um processo arbitral? Ora, podemos assim considerar todos os materiais submetidos ao processo, ou seja, as provas documentais, testemunhais, periciais, orais; as deliberações do tribunal arbitral etc.; além do próprio laudo arbitral.

Desde a onda reformista que se abateu sobre as legislações arbitrais a partir da década de 80, os tribunais nacionais passaram a depositar uma confiança crescente na arbitragem como um mecanismo de solução de conflitos. Sabemos que nos casos que envolvem disputas de tecnologia o uso da arbitragem tem sido cada vez mais necessário, dada sua extrema eficiência.¹ Esse tipo de conflito é algo bastante complexo, invariavelmente requerendo o emprego de

1. Ver: Hee Moon Jo, "Arbitragem nas disputas internacionais de propriedade intelectual", *Revista Direito-USF* 15, n. 2, pp. 67-84, jul.-dez. 1998.

especialistas não somente da área legal mas também da área técnica específica envolvida, ou seja, que dominem a tecnologia em questão. Por sua vez, os juristas envolvidos também devem ser especialistas que conheçam de modo profundo o direito relacionado ao litígio como, por exemplo, o direito da propriedade intelectual, o direito internacional etc.

No entanto, dependendo das partes envolvidas, manter-se a confidencialidade pode ser o ponto mais importante de toda a sistemática do processo arbitral. Em muitos casos que envolvem segredo industrial, por exemplo, as partes fazem questão de que o processo arbitral mantenha-se absolutamente confidencial, de modo a não permitir a divulgação de informações sigilosas ao público. Assim, a confidencialidade de todo o procedimento evitaria a divulgação de fatos e documentos que, muitas vezes, poderiam até resultar na quebra comercial de uma ou de ambas as partes, ou ainda poderiam dar causa a novos litígios. Como se sabe, a publicidade age, por vezes, como um fator inibitório de certas demandas exatamente pela dimensão dos danos que poderiam ser causados pela revelação, à terceiros, de acontecimentos ou de documentação reservada. Os contratos internacionais de transferência de tecnologia, por exemplo, tratam, *grosso modo*, de questões ligadas à tecnologia industrial, cujo compartilhamento exclusivo e restrito às partes forma o núcleo essencial dos mesmos. Portanto, solucionar um conflito relacionado à tecnologia via Judiciário significa simplesmente a perda completa do segredo industrial das partes, dada a característica pública do processo judicial.

A confidencialidade também serve para manter a reputação do produto envolvido e de seu produtor. Ora, a arbitragem é um meio extremamente eficaz para conservar-se o segredo industrial, apesar do conflito negocial que se instalou entre as partes. Entretanto, mesmo sendo a confidencialidade amplamente entendida como uma das maiores vantagens da arbitragem, a

grande maioria das regras institucionais de arbitragem ainda não tratam de um modo adequado a questão da confidencialidade. Fica muito perigoso, assim, acreditar que a lei protegeria automaticamente a confidencialidade apenas por esta ser uma característica imperativa da arbitragem. Portanto, na prática, as partes mais cautelosas costumam convencionar, no contrato, a cláusula da confidencialidade da tecnologia até mesmo em caso de conflito.²

2. Característica da obrigação de confidencialidade: princípio de direito "vs." obrigação contratual

Muitas vezes, as cortes nacionais enfrentam o problema da obrigatoriedade da confidencialidade no processo arbitral. Atualmente, os posicionamentos das diversas cortes encontram-se bem divididos, o que demonstra a forte polêmica que o tema encerra.

Basicamente, duas posições têm se enfrentado com relação à obrigatoriedade da confidencialidade no processo arbitral. Uma delas entende que o dever da confidencialidade é um princípio de direito, *inerente* à própria característica da arbitragem. Já a outra interpreta o dever da confidencialidade como sendo um dever moral, oriundo das práticas comerciais e que não tem, em regra, nenhuma validade legal, possuindo característica meramente contratual.

2.1 Não existência do dever de confidencialidade

A jurisprudência norte-americana se posiciona pela não existência do dever de confidencialidade no processo arbitral. No famoso caso *United States vs. Panhandle Eastern Gen* 118 F.R.D. 346 (D. Del. 1988),³ o governo federal norte-americano exigiu

2. Idem, ob. cit., p. 71.

3. *United States vs. Panhandle Eastern Corp.*, 118 F.R.D. 346 (D. Del. 1988). Ver texto in <<http://www.ll.georgetown.edu/Fed-Ct/Circuit/dc/opinions/98-1048a.pdf>>.

que a empresa americana envolvida na disputa apresentasse todos os documentos relacionados a arbitragem que ocorreu no âmbito da CCI, em Genebra, a qual tinha como partes uma companhia estatal algerie de petróleo e sua respectiva subsidiária americana, a *Panhandle*. Esta, por sua vez, requereu que a corte federal de Delaware emitisse uma ordem de proteção, buscando impedir a divulgação de informações confidenciais sob a alegação de que a arbitragem é confidencial *in natura*.

No entanto, a corte rejeitou o pedido da *Panhandle* e acolheu o do governo federal, permitindo a divulgação das informações. Ela fundamentou sua decisão no fato de que as Regras da CCI não impõem nenhum dever de confidencialidade às partes. Assim, consoante o seu entendimento, o dever da confidencialidade é, na prática, uma mera presunção legal, não consistindo regra a ser rigidamente observada. Portanto, enquanto não houver nenhuma regra arbitral, seja de instituição arbitral, de lei de arbitragem ou criada pelas partes via convenção arbitral, nada impedirá que as informações sobre o procedimento arbitral sejam divulgadas.

A Austrália compartilha da mesma posição norte-americana. O caso mais citado para apoiar esta posição é o *Esso/BHP vs. Plowman* (1995).⁴ Neste caso, a Corte Suprema Australiana (*Australian High Court*), também decidiu pela não existência do dever de confidencialidade. A *Esso/BHP* estava envolvida em uma disputa arbitral com duas empresas públicas australianas com relação a contratos de fornecimento de gás natural, sendo que o centro da questão era a falta de acordo com relação ao modo como se dariam os aumentos dos valores cobrados pelo serviço.

Durante o processo arbitral, o Ministro da Minas e Energia do Estado de Victoria anunciou que pretendia revelar

publicamente todas as informações que a *Esso/BHP* havia disponibilizado durante o processo arbitral, incluindo informações essenciais ao negócio tais como estimativas das reservas de gás, custo de produção, margem de lucro etc. A Corte Suprema acolheu a posição do Ministro dizendo que o dever da confidencialidade não existe de modo implícito no acordo de arbitragem, mesmo porque a confidencialidade não é um atributo *inerente* à arbitragem e nem deriva da natureza das relações contratuais entre as partes. Aliás, a corte entendeu até mesmo que, dependendo do caso, o interesse público pode preponderar sobre o dever da confidencialidade acordado entre as partes.

Nesta mesma linha temos o caso *Cockatoo Dockyard (Commonwealth of Australia vs. Cockatoo Dockyard Pty. Ltd.)*.⁵ A Austrália arrendou a Ilha de Cockatoo para a empresa *Codock*, a qual tencionava operar um estaleiro naval nesta, durante o período compreendido entre os anos de 1857 à 1991. Entretanto, não satisfeita com as condições ambientais da ilha, o governo australiano decidiu por bem entrar em arbitragem, objetivando a apuração de eventuais infringimentos contratuais por parte da *Codock*. Esta, por sua vez, requereu junto ao *sole arbitrator* instituído que fosse mantida a confidencialidade dos documentos apresentados durante o processo arbitral, já que muitos jornalistas estavam buscando obter informações a respeito de desperdícios tóxicos na ilha. O governo australiano alegou que restrições quanto as informações ambientais sobre a Ilha de Cockatoo poderiam afetar o livre fluxo de informações vigente na sociedade, além de atentar contra o próprio poder do Governo. Porém, o árbitro emitiu várias medidas sobre o quesito confidencialidade, acolhendo o argumento da *Codock*. Sendo assim, o governo levou o caso à Corte Suprema de New South Wales, alegando que o árbitro excedeu os seus poderes, interferindo nos

4. *Esso/BHP vs. Plowman*. (1995) (128 ALR 391). Ver texto in <<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/cth/high%5fct/183clr10.html?query=%7e+esso+bbhp+v+plowman+1995>>.

5. Texto in <http://www.austlii.edu.au/au/cases/nsw/supreme_ct/unrep95.html>.

direitos e deveres do governo. Contudo, a Corte Suprema rejeitou o pedido do governo, o qual recorreu à Corte de Apelação. Esta acolheu os argumentos apresentados, revogando a decisão da Corte. A Corte de Apelação entendeu que, em arbitragens com o Estado, o árbitro não tem o poder de impor a obrigação de confidencialidade ao governo, pois isto implicaria na limitação do dever do governo de proteger o interesse público.

Este pensamento de “não existência do dever de confidencialidade” pode ser vislumbrado nas arbitragens instituídas sob o Capítulo 11 do NAFTA.⁶ A Parte B do Capítulo 11 do NAFTA dispõe quanto a arbitragem relativa às disputas entre um investidor de um Estado-parte e outro Estado-parte. No caso *Metalclad (Metalclad Corporation vs. Mexico)*,⁷ de 1997, a empresa *Metalclad* alegou que o governo mexicano impediu suas atividades empresariais no México, infringindo, assim, as provisões do Capítulo 11. Foi criado, então, um tribunal arbitral sob as Regras de Facilidade Adicional (*Additional Facility Rules*) da ICSID. Neste tribunal, o governo mexicano requereu uma ordem de confidencialidade para impedir que a *Metalclad* “vazasse” as informações sobre o processo arbitral. O tribunal rejeitou o pedido do governo mexicano, entendendo que a confidencialidade não é uma condição implícita da arbitragem. O tribunal observou também que a lei dos EUA, onde a *Metalclad* tinha sua sede, exigia certas obrigações das empresas cujas ações eram negociadas na Bolsa de Valores, como, por exemplo, o dever de fornecer determinadas informações aos seus acionistas. No entanto, mesmo rejeitando a confidencialidade como um elemento implícito da arbitragem,

o tribunal entendeu que a divulgação das informações deveria ser limitada a um mínimo necessário, o que impediria a divulgação abusiva das informações referentes à arbitragem.

Já no caso *Loewen (Loewen Group Inc. vs. The United States)*⁸ constituído sob a Facilidade Adicional do ICSID (*ICSID Additional Facility*), em 1998, a *Loewen*, uma empresa canadense, alegou que os EUA violaram os arts. 1.102 (tratamento nacional), 1.105 (padrão mínimo de tratamento), e 1.110 (expropriação e compensação) do NAFTA, quando não garantiram a justiça processual e substantiva no processo civil que ocorreu no Estado do Mississippi. Em maio de 1999, os EUA requereram que todos os documentos constantes dos autos da arbitragem fossem deixados à inteira disposição do público, ou seja, que se tornassem públicos. A *Loewen*, por sua vez, concordou com a divulgação destes, mas somente ao cabo do julgamento final, e não durante o processo arbitral. O tribunal rejeitou o pedido dos EUA sobre a divulgação das informações do processo arbitral, alegando que o art. 44(2) das Regras de Facilidade Adicional não permitia a publicação das minutas do processo sem o prévio consentimento das partes. Por outro lado, o tribunal também não aceitou o argumento da *Loewen* de que as partes envolvidas na arbitragem estavam sob o dever geral de confidencialidade. Aliás, tal como no caso *Metalclad*, o tribunal recomendou que as partes limitassem a discussão pública do caso *sub judice* até o limite considerado absolutamente necessário.

2.2 Existência do dever de confidencialidade

Em contrapartida, alguns países, tais como Inglaterra e Suécia, seguem o enten-

6. Texto in <<http://www.nafta-sec-alena.org/english/nafta/chap-111.htm>>.

7. *Metalclad Corporation vs. United Mexican States* (ICSID Case n. ARB(AF)/97/1). Ver documentos in <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/metalcladCorp-e.asp>> ou <<http://www.state.gov/documents/organization/4178.pdf>>.

8. *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen vs. United States of America* (Case n. ARB(AF)/98/3) da ICSID. O caso ainda está pendente. Ver as informações atuais in <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>>.

dimento de que o dever da confidencialidade existe de modo *inerente* ao procedimento arbitral.⁹

Na Inglaterra, no caso *Ali Shipping Corporation vs. Shipyard Trogir*,¹⁰ a corte se posicionou no sentido de que existe o dever da confidencialidade, criado pela lei, como parte do qualquer acordo de arbitragem. No entanto, conforme o critério adotado pelas cortes, este dever não é absoluto, podendo ser excepcionado caso as partes concordem com a divulgação de informações, ou mesmo na hipótese da corte decidir pela divulgação das informações com base no interesse público. Nota-se, portanto, que o âmbito de exceção não é muito rígido, podendo variar conforme o entendimento de cada corte.

Já na Suécia, temos o caso *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. vs. A. I. Trade Finance Inc.*¹¹ O banco búlgaro tinha uma linha de crédito com o banco austríaco para facilitar o financiamento de vários contratos entre empresas austríacas de exportação e empresas búlgaras de importação. Anos depois, o banco austríaco transferiu o direito de pagamento para uma companhia de financiamento chamada *A. I. Trade Finance Inc.*, mas o banco búlgaro não aceitou efetuar o pagamento a esta companhia financeira. Estabelecido o impasse, esta empresa instituiu uma arbitragem em Estocolmo, conforme rezava a cláusula de arbitragem disposta no contrato entre o banco búlgaro e o banco austríaco. O banco búlgaro, por sua vez, alegou que esta cláusula arbitral não era válida, porque o contrato foi feito entre o banco búlgaro e o banco austríaco. Ao final, o tribunal arbitral acabou por estabelecer sua jurisdição e decidir o litígio. Entretanto, este julgamento

sobre a validade da cláusula arbitral foi divulgado no *Mealey's International Arbitration Report*, tendo sido "vazado" pelo consultor da companhia financeira.

Assim, após o julgamento final, o banco búlgaro entrou na corte municipal de Estocolmo buscando anular o laudo arbitral, sustentando que a confidencialidade do processo arbitral é um princípio fundamental da lei sueca, o qual foi severamente infringido pela parte-ré. A corte municipal, entendendo que a confidencialidade é regra fundamental do processo arbitral, considerou que esta realmente infringiu o núcleo fundamental do contrato ao revelar informações confidenciais e, assim, decretou a anulação do laudo arbitral. No entanto, a corte de apelação revogou esta sentença e a Corte Suprema da Suécia, ao julgar definitivamente este caso, em 27.10.2000 (T 1881-99), concluiu pela não existência da regra do direito com relação à confidencialidade, ou seja, não é princípio fundamental do direito sueco o dever de confidencialidade do processo arbitral.

Portanto, em caso de arbitragem sob a lei sueca, a confidencialidade não é regra fundamental desta, o que significa que as partes que tenham interesse na confidencialidade devem adotar um provimento contratual *expresso* para a aplicação da confidencialidade no seu processo arbitral. Como alternativa, o *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* dispõe, na suas regras, que o tribunal arbitral deve manter o dever de confidencialidade.¹²

Portanto, isto não se aplica *obrigatoriamente* às partes, o que exige destas uma atitude mais cautelosa.

Como os referidos casos demonstraram, existe a possibilidade da chamada "exce-

9. É a posição dominante dos juristas europeus. François Dessemontet, "Arbitration and confidentiality", *The American Review of International Arbitration* 1996, v. 7, ns. 3-4, p. 299.

10. Court of Appeal, [1998] 2 All ER 136.

11. Stockholm City Court, Case n. T-111-98 (1998).

12. "Article 20. Procedures of the Arbitral Tribunal (...) (3) *The Arbitral Tribunal shall maintain the confidentiality of the arbitration and conduct each case in an impartial, practical and expeditious manner, giving each party sufficient opportunity to present its case*". Texto in <<http://www.chamber.se/arbitration/english/>>.

ção por interesse público” (*public interest exception*), a qual pode ser invocada quando há o envolvimento, na qualidade de parte, de uma pessoa de direito público no processo arbitral, ou seja, nos casos de arbitragem mista (*mixed arbitration*). A aplicação da regra de exceção à confidencialidade é aceitável somente quando uma das partes é um Estado ou uma empresa pública.

Caso exista alguma lei local que exija a divulgação das informações sobre o processo arbitral, esta exigência legal se sobrepõe ao dever de confidencialidade contratual (ou implícito) existente entre as partes. Uma razão para a aceitação desta regra de exceção por interesse público na arbitragem comercial internacional mista é a proteção do interesse público coletivo, para que a justiça possa, em uma sociedade aberta e globalizada, efetivamente proteger os interesses da sociedade, em contrapartida à ampla liberdade das atividades empresariais. No entanto, a divulgação das informações deve realmente ser limitada ao máximo possível, para que não prejudique uma das grandes vantagens da arbitragem comercial internacional, isto é, a confidencialidade. As jurisprudências comparadas reconhecem essa necessidade e aceitam o conceito de “mínima necessidade”, buscando repelir eventuais abusos que possam vir a ser cometidos pelas partes.

Portanto, ainda não existe a obrigação, na forma de regra internacional, da manutenção da confidencialidade na arbitragem comercial internacional. No entanto, apesar da aceitação geral da tese de que a confidencialidade não é um elemento implícito da arbitragem pelas jurisprudências comparadas, entendemos, *a contrario sensu*, que a confidencialidade é sim um elemento implícito da arbitragem. Ora, as partes de uma arbitragem escolhem este mecanismo de solução, além de várias outras razões, também pela confiança de que este meio poderá efetivamente proteger as informações discutidas no processo arbitral. Em alguns casos, como nos litígios relacio-

nados à propriedade intelectual, a proteção das informações é um quesito essencial e que leva, portanto, à escolha da arbitragem como meio de solução. Em tese, quem pode vir a “vazar” as informações ou são as próprias partes, ou os árbitros, ou então as instituições arbitrais. Como os árbitros e as instituições arbitrais estão, na maioria dos casos, obrigados a manter em sigilo as informações discutidas nos processos arbitrais, as principais fontes de “vazamento” de informações acabam sendo as próprias partes. Elas podem, por exemplo, divulgar as informações por mera obrigação comercial (como no caso *Metalclad*), ou então tentam aproveitá-las como elementos de prova para a instrução de um outro processo judicial. O aproveitamento das informações divulgadas durante o processo arbitral é realmente necessário em alguns casos. Porém, mesmo que se entenda a confidencialidade como um elemento implícito da arbitragem, isto não implica diretamente na sua obrigatoriedade legal. Isto é um fundamento básico da arbitragem. Nestes termos, o ônus da prova que justificaria um eventual “vazamento” das informações é justamente de quem as revela. Logo, se houver o pedido, por uma das partes, o árbitro poderá tomar uma medida preventiva para estabelecer os critérios da manutenção da confidencialidade. Entretanto, no caso da existência de uma cláusula de confidencialidade entre as partes, esta poderá transformar o dever moral da confidencialidade em uma verdadeira obrigação legal.

3. Regras das instituições arbitrais

Neste sentido, as regras das instituições arbitrais poderiam facilmente resolver este problema através de uma disposição clara e precisa sobre o dever de confidencialidade. No entanto, somente a LCIA dispõe *expressamente* tal princípio nas suas Regras de Arbitragem. O art. 30 (confidencialidade) das Regras dispõe que:¹³

13. Texto in <<http://www.lcia-arbitration.com/lcia/rulecost/english.htm#ad>>.

“30.1 Unless the parties expressly agree in writing to the contrary, the parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in their arbitration, together with all materials in the proceedings created for the purpose of the arbitration, and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain — save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right or to enforce or challenge an award in *bona fide* legal proceedings before a state court or other judicial authority.

“30.2 The deliberations of the Arbitral Tribunal are likewise confidential to its members, save and to the extent that disclosure of an arbitrator’s refusal to participate in the arbitration is required of the other members of the Arbitral Tribunal under Articles 10, 12 and 26.

“30.3 The LCIA Court does not publish any award or any part of an award without the prior written consent of all parties and the Arbitral Tribunal.”

Porém, na ausência de uma regra como esta sobre a confidencialidade, até mesmo as partes podem vir a não respeitar a confidencialidade da arbitragem.¹⁴ De fato, as regras da maioria das instituições arbitrais não abordam de um modo específico este tema, o que pode trazer grandes preocupações a uma das partes envolvidas na hipótese da outra parte decidir unilateralmente divulgar as informações.

Como outro exemplo, temos a Regra da *International Chamber of Commerce* (ICC) que diz simplesmente que a audiência de arbitragem é privada.¹⁵ No entanto,

14. Mauro Rubino Sammartano, *International Arbitration Law*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, p. 448.

15. “Article 21. Hearings. (...) 3. *The Arbitral Tribunal shall be in full charge of the hearings, at which all the parties shall be entitled to be present. Save with the approval of the Arbitral Tribunal and*

nada menciona sobre a confidencialidade dos materiais, provas ou laudos arbitrais produzidos no curso do processo arbitral. Na verdade, as instituições arbitrais vêm tentando garantir explicitamente a confidencialidade no processo arbitral.¹⁶ Nesta linha, a *American Arbitration Association* publicou um manual para árbitros no qual se exige a confidencialidade como uma regra geral para os árbitros, dispondo que “one of the reasons that parties resort to arbitration is their desire for privacy. You should therefore maintain the privacy of proceedings, unless both parties agree to open the hearings or unless a statute provides otherwise”.¹⁷

Como já foi dito, o *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* dispõe, na suas regras, que o tribunal arbitral deve manter o dever de confidencialidade no seu art. 20. Portanto, se a confidencialidade é importante para as partes, estas devem discutir sobre a extensão da obrigação da confidencialidade no processo arbitral ou mesmo sobre as regras arbitrais que adotaram. Como a arbitragem é produto de um contrato, as partes podem muito bem definir o grau de confidencialidade a ser adotado no processo arbitral.

Na Argentina, a *Bolsa de Comercio de Rosario* dispõe de um tribunal arbitral para causas específicas, mas este também não faz referência alguma à confidencialidade dos dados. Já o *Centro de Mediación, Arbitraje y Negociación de Ciencias Económicas* exprime tal questão expressamente em seu regulamento, onde existe o compromisso da não revelação das informações ali

the parties, persons not involved in the proceedings shall not be admitted”. Texto in <http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/rules.asp#article_13>.

16. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration in the United States*, Boston, Kluwer, 1994, p. 96.

17. American Arbitration Association, *A Guide for Commercial Arbitrators* 18 (1995). Ver tb. *Guide for Employment Arbitrators*, in <http://www.ilr.cornell.edu/alliance/guide_for_employment_arbitrators.htm>.

depositadas. No Uruguai, o *Centro de Conciliación & Arbitraje* prevê, em seu regulamento, o uso da confidencialidade nos serviços prestados. Já a *Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur* não faz nenhuma referência ao tema da confidencialidade em seu regulamento interno. No Paraguai, a confidencialidade é uma das questões abrangidas pelo regula-

mento do *Centro de Arbitraje y Mediación da Cámara de Comercio*. Esta instituição assegura tanto o sigilo das informações quanto a privacidade da audiência.

Vejamos agora uma tabela que ajudará a esclarecer de um modo bem sucinto a questão da confidencialidade nas Regras de Arbitragem Internacional

CONFIDENCIALIDADE NAS REGRAS DE ARBITRAGEM INTERNACIONAL						
	Nenhuma referência sobre a privacidade da audiência	Expressa referência quanto a privacidade da audiência	Nenhuma referência sobre a confidencialidade	Dever expreso de confidencialidade de árbitro/ conciliador antes do laudo	Dever de confidencialidade ao árbitro/conciliador, até depois do laudo	Dever de confidencialidade sobre as informações pelas partes, árbitro e conciliador
American Arbitration Association (International Arbitration Rules)		X			X	
American Arbitration Association (Commercial Arbitration Rules)		X		X		
Basel Chamber of Commerce	X				X	
Belgian Centre for the Study and Practice of National and International Arbitration		X	Arbitragem X		Conciliação X	
Chartered Institute of Arbitrators		X	X			
China International Economic and Trade Arbitration Commission		X	X			
Chamber of Commerce and Industry of Geneva		X				X
German Arbitration Committee	X					X
Hong Kong Arbitration Centre		X	X			
International Chamber of Commerce		X			X	
Japan Commercial Arbitration Association		X	X			
London Court of International Arbitration	X		Regras de Arbitragem Internacional X			Regras de Arbitragem de Resseguro X

CONFIDENCIALIDADE NAS REGRAS DE ARBITRAGEM INTERNACIONAL						
	<i>Nenhuma referência sobre a privacidade da audiência</i>	<i>Expressa referência quanto a privacidade da audiência</i>	<i>Nenhuma referência sobre a confidencialidade</i>	<i>Dever expreso de confidencialidade de árbitro/conciliador antes do laudo</i>	<i>Dever de confidencialidade ao árbitro/conciliador, até depois do laudo</i>	<i>Dever de confidencialidade sobre as informações pelas partes, árbitro e conciliador</i>
<i>Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce</i>	X		X			
<i>Tribunal Arbitral du Sport</i>	X		X			
<i>UNCITRAL Arbitration Rules</i>		X	X			
<i>UNCITRAL Conciliation Rules</i>	X					X
<i>Arbitral Centre of the Federal Economic Chamber, Vienna</i>	X		X			
<i>World Arbitration Institute</i>		X			X	
<i>Zurich Chamber of Commerce</i>	X					X
<i>Câmara de Comércio Argentino-Brasileira de São Paulo</i>	X					X
<i>Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur — Uruguay</i>	X		X			
<i>Centro de Conciliación & Arbitraje — Uruguay</i>	X					X
<i>Centro de Arbitraje y Mediación — Paraguay</i>		X		X		
<i>Cámara Argentina de Comercio</i>	X		X			
<i>Bolsa de Comercio de Rosario - Argentina</i>		X	X			
<i>Câmara de Mediação e Arbitragem do Amazonas</i>	X				X	
<i>Centro de Mediación, Arbitraje y Negociación de Ciencias Económicas — Argentina</i>	X					X

Fontes:

- <<http://www.interarbitration.net/introduction/confidentiality-chart.asp>>
 <<http://www.sice.oas.org/DISPUTE/COMARB/canale.asp#countries>>
 <<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/centros.html>> (*Revista Iberoamericana de Arbitraje*)
 <<http://www.arbitraje.com.uy/arbitraje/art46.shtml>> (Centro de Conciliación & Arbitraje da Bolsa de Comercio del Uruguay)
 <<http://www.camparaguay.com/index.asp>> (Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay — Cámara y Bolsa de Comercio)
 <<http://www.cac.com.ar>> (Cámara Argentina de Comercio)
 <<http://www.conima.org.br>> (Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem)
 <<http://fieam.org.br/camam.htm>> (Câmara de Mediação e Arbitragem do Amazonas)
 <<http://cpcebca.org.ar/cemance.htm>> (Centro de Mediación, Arbitraje y Negociación de Ciencias Económicas — Argentina)

4. Conclusão

Dentre as várias vantagens da arbitragem, as quais são repetitivamente argumentadas sem maiores contestações, a confidencialidade assume um grande peso, na prática, no exato momento em que as empresas decidem optar pela arbitragem ao invés do processo judicial comum. Para as empresas, principalmente nos casos que envolvem segredo industrial ou a sua própria credibilidade perante o mercado, o processo judiciário seria uma escolha desastrosa, uma vez que não só os concorrentes, mas o público em geral poderia, com facilidade, acessar a todos os dados sigilosos do processo.

Um outro fator fundamental a ser considerado com relação à proteção das informações contidas em um processo arbitral, é que este está submetido a lei nacional da jurisdição do local da arbitragem. Esta lei determinará a característica da confidencialidade e a natureza das informações a serem protegidas, sendo que o mesmo raciocínio aplica-se também ao processo homologatório. Portanto, a lei nacional de arbitragem determina principalmente a característica da confidencialidade e, na sequência, as regras da instituição arbitral determinam de modo complementar a extensão desta.

Sendo assim, a questão da confidencialidade, apesar da noção geral de que essa

regra seria inerente à característica da arbitragem, ainda gera grande polêmica, o que significa que ainda não há nem uma regra geral nem um costume internacional sobre o assunto. Portanto, se uma das partes pretende proteger as informações confidenciais mas teme que a outra possa vir a divulgá-las posteriormente, deve elaborar com extremo cuidado a cláusula de arbitragem no contrato internacional, prevendo *explícita e bem claramente* não só o dever da confidencialidade mas também sua extensão *temporal e material*.

Deste modo, as partes igualmente podem estabelecer as regras processuais da arbitragem, que é onde se encaixaria a regra da confidencialidade total. Nesse caso, a parte só poderia vir a divulgar alguma informação se fosse obrigada por lei. Isto pode ocorrer, por exemplo, na hipótese da parte pretender executar o laudo arbitral.

Já em caso de violação do dever da confidencialidade, a parte afetada poderá recorrer a corte local onde se desenvolve o processo arbitral para buscar uma medida apropriada, incluindo-se aí o pedido de nulidade do laudo arbitral como o caso *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. vs. A. I. Trade Finance Inc.* No entanto, mesmo tal provisão não poderá proteger completamente a parte interessada contra uma divulgação determinada pelo Poder Judiciário ou mesmo pelo poder administrativo. Inclusive, no caso de homologação de lau-

do estrangeiro, onde o processo homologatório assume o andamento tradicional dos procedimentos judiciais, a divulgação das informações é inevitável. É exatamente neste ponto que reside o limite da confidencialidade da arbitragem. O laudo arbitral poderá ser levado à corte para ser contestado ou homologado. Em qualquer um dos casos, o processo judicial prejudicaria a regra da confidencialidade do processo arbitral, dada a disponibilidade do acesso público às informações que o sistema judiciário permite.

Essa dura realidade perturba as partes envolvidas em uma arbitragem internacional, posto que o conflito começou a ser resolvido em um sistema privado mas terminou no Judiciário. No entanto, caso as partes acordem pela confidencialidade tanto no processo arbitral quanto no processo judiciário, por motivo de proteção de segredo industrial, por exemplo, entendemos que essa vontade das partes deve ser preservada.

No caso do Brasil ainda não há uma grande discussão sobre o assunto. No entanto, caso a sociedade venha a aceitar a cultura da arbitragem internacional, tal questão fatalmente virá a ser discutida em maior grau. Já no âmbito do Mercosul, a arbitragem foi estabelecida como o mecanismo de solução de controvérsias. Porém, deixou-se os aspectos relativos à confidencialidade aos cuidados das legislações internas dos países-membros, muito embora

até hoje nenhuma destas tenha feito alguma referência explícita à questão da confidencialidade.

De qualquer modo, percebe-se uma interessante tendência das cortes no sentido de considerarem cada vez mais a importância da continuidade em manter a confidencialidade da arbitragem até mesmo durante um processo judiciário. A corte norte-americana (2d Circuit), no caso *DiRussa vs. Dean Witter Reynolds Inc.*,¹⁸ já demonstrou a possibilidade da extensão da proteção da confidencialidade do processo arbitral para o judicial. Neste caso, as partes tinham um acordo de confidencialidade, sendo que todos os documentos e informações revelados durante o processo arbitral não poderiam ser divulgados e, em caso de recurso a uma corte judiciária, este somente deveria ser feito sob a condição de se manter a confidencialidade. Assim, a corte ordenou a confidencialidade de todos os autos processuais, acatando o acordo e mantendo, no processo judicial, o mesmo nível de confidencialidade já existente no arbitral.

Finalmente, no caso de homologação de laudo arbitral perante um Tribunal Judiciário, por exigência legal alguns materiais relativo ao caso, como o laudo arbitral, poderão estar disponíveis ao público. Portanto, todo aquele que não deseje esta divulgação deverá procurar se proteger através de medidas preventivas perante o juízo competente.

18. 22. 121 F.3d 818 (2d Cir. 1997), cert. den., 522 US 1049 (1998). Ver texto in <[http://](http://www.tourolaw.edu/2ndCircuit/August97/96-9068.html)

www.tourolaw.edu/2ndCircuit/August97/96-9068.html>.