

A INSEGURANÇA JURÍDICA EM TORNO DA CONFIDENCIALIDADE NA ARITRAGEM

Resumo: Este artigo busca analisar a insegurança jurídica em torno do instituto da arbitragem, decorrente do exercício do controle difuso de constitucionalidade do art. 189, IV, do Código de Processo Civil, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A presença de acórdãos conflitantes e o afastamento da norma em inobservância da reserva de plenário para tanto revelam um cenário de incerteza que merece a atenção dos profissionais de direito.

Palavras-chave: arbitragem – confidencialidade – segredo de justiça – controle de constitucionalidade

Sumário: 1. Introdução. 2. Confidencialidade na Arbitragem. 3. O segredo nas arbitragens levadas ao Judiciário. 4. O cenário de insegurança jurídica no TJ-SP. 4.1 O conflito de acórdãos. 4.2 A violação da reserva de plenário. 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman comentam que “*one of the fundamental principles – and one of the major advantages – of international arbitration is that it is confidential*”¹. Essa opinião reverbera na doutrina nacional que compartilha do entendimento segundo o qual “*um dos principais motivos para a escolha da arbitragem é a confidencialidade*”².

A polêmica surge quando as disputas arbitrais, acobertadas pelo princípio da confidencialidade, têm as suas sentenças submetidas ao crivo do Poder Judiciário, onde a regra é a publicidade processual, nos termos dos artigos 5º, LX, e 93, IX, da Constituição Federal³.

O Código de Processo Civil, em vigor a partir de 2016, estabelece o trâmite em segredo de justiça a todas as ações que versem sobre arbitragem, nos termos do art. 189, IV, do CPC. A despeito disso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“**TJ-SP**”) tem proferido acórdãos declarando inconstitucional o referido artigo, interpretando-o incompatível com a regra geral de publicidade e tornando pública a lide arbitral com a publicidade do cumprimento de sentença arbitral e da ação anulatória, em que se anexa aos autos os atos da arbitragem.

A aparente dicotomia entre a publicidade e a confidencialidade aos casos envolvendo arbitragem, tem gerado inquietações quando a tutela do interesse social no art. 189, IV, do CPC. As decisões, todavia, não são uniformes, verificando-se divergência mesmo entre as câmaras especializadas de direito empresarial do TJ-SP. Além disso, o exercício do controle de constitucionalidade pelo Tribunal não tem observado a forma prevista no art. 97 da Constituição. Por essas razões, denota-se um cenário de insegurança jurídica que merece a atenção dos profissionais de direito, bem como do TJ-SP.

¹ In FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.595.

² LEE, João Bosco in FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.595.

³ WALD, Arnaldo de Paula. *Tribunal de Justiça de São Paulo privilegia o princípio da publicidade nas ações anulatórias de sentença arbitral – Comentários ao acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento 2263639-76.2020.8.26.0000*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 70, p. 317, 2021.

2. CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM

O procedimento arbitral *per se* não impõe um dever de confidencialidade como regra. Em verdade, o sigilo na arbitragem decorre de uma escolha comercial das partes envolvidas⁴, frequentemente prevista na cláusula compromissória e ratificada no termo de arbitragem. Inclusive, a *UNCITRAL Rules of Transparency*⁵, relevante no contexto arbitral, prevê a transparência como regra.

Vale ressaltar que, nas palavras de José Emílio Nunes Pinto, “*muito antes de servir como um meio capaz de afetar o interesse público, a confidencialidade se destina a preservá-lo*”⁶. Portanto, não se traduz em um dever absoluto e em detrimento da Constituição. À exemplo de arbitragens que envolvam a Administração Pública, o princípio da publicidade é devidamente observado mediante o temperamento desse sigilo, satisfeito na medida em que se reportem as informações quanto ao andamento do procedimento arbitral⁷.

A Lei nº 9.307/96 (“*Lei de Arbitragem*” ou “*LArb*”) é parcialmente silente quanto à imposição de sigilo em procedimentos arbitrais. Em relação ao árbitro, o dever de sigilo está contido na expressão, proceder com *discrição*, do artigo 13, §6º da LArb⁸. Já em relação às partes, é silente quanto a este dever. Daí porque parte da doutrina conclui não ser o sigilo inerente à arbitragem

pois, no Direito brasileiro, não há como fugir do conceito de que as obrigações derivam apenas da lei ou dos contratos, razão pela qual não se pode imputar às partes uma obrigação de guardar confidencialidade sem que haja previsão legal específica ou disposição convencional nesse sentido, sob pena de violação ao inciso II do art. 5.º da Constituição da República⁹.

Já para José Emílio Nunes Pinto, a confidencialidade seria inerente à arbitragem à luz do princípio geral da boa-fé objetiva esculpido no art. 422 do Código Civil. A eleição da via arbitral, enquanto relação contratual, remeteria ao dever lateral de lealdade das partes

⁴ “*Ora, a confidencialidade não é obrigatória em arbitragem, apenas uma faculdade das partes.*” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz*. Coordenação: Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes, Pedro Batista Martins. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017; p.71).

⁵ Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/transparency> Acesso em 10 out 2022.

⁶ PINTO, José Emílio Nunes. *A Confidencialidade na Arbitragem*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 6, 2005, pp.25-36.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ FICHTNER et al, *op. cit.*, p.595.

contratantes que depositaram entre si a expectativa de confidencialidade em eventual litígio visando proteger a condução de seus negócios e operações.

Em todo o caso, fato é que a confidencialidade bastante recorrente, sendo um dos motivos mais relevantes para a escolha das partes pela eleição da via arbitral. Um estudo de campo realizado pela *Queen Mary University of London* e pela *PricewaterhouseCoopers*, entre os anos de 2005 e 2006, a partir de respostas de praticantes da arbitragem de todo o mundo, concluiu “*the privacy afforded by the process*” como uma das “*top reasons*” da escolha da arbitragem¹⁰. A relevância da confidencialidade permanece até os dias atuais como uma das principais razões comerciais na derrogação da jurisdição estatal, conforme revela nova pesquisa no tema realizada pela mesma universidade em 2019¹¹.

3. O SEGREDO NAS ARBITRAGENS LEVADAS AO JUDICIÁRIO

Dada a relevância da confidencialidade, internacionalmente reconhecida, optou o legislador por garantir o *segredo de justiça* nas ações judiciais relacionadas a arbitragens na promulgação do novo código de processo civil.

O *segredo* “*é uma qualidade intrínseca da informação ou do documento, derivada de disposição de lei ou princípio jurídico, que o faz imune ao conhecimento de terceiros ou da contraparte divulgação desses dados*”¹². Diferente, portanto, do conceito de *sigilo* que é atribuído a determinadas informações segundo a livre convicção dos árbitros, consideradas as opiniões das partes e a sensibilidade dos dados¹³.

Assim, nos casos que *versem sobre arbitragem*, decretou o segredo de justiça, por meio do art. 189, inciso IV do CPC, sem correspondente no código anterior. Trata-se da incorporação do parágrafo único do art. 22-C da Reforma da Lei de Arbitragem, que dita: “[n]o cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem”. Mas essa incorporação, tal como foi feita, não tem sido recepcionada de maneira uniforme no sistema jurídico brasileiro.

¹⁰ FICHTNER et al, *op. cit.*, p.595.

¹¹ Pesquisa realizada pela Queen Mary University of London e Pinsent Masons revela que 52% dos entrevistados entendem a confidencialidade como uma das principais razões para se escolher a arbitragem (*International Arbitration Survey – Driving Efficiency in International Construction Disputes*. Disponível em: <https://www.pinsentmasons.com/thinking/special-reports/international-arbitration-survey> Acesso em 10 ou 2022).

¹² FICHTNER et al, *op. cit.*, p.597.

¹³ FICHTNER et al, *op. cit.*, p.597.

A redação ampla, que atribui *segredo* a todas as ações que “*versem sobre arbitragem*” “*inclusive no cumprimento de carta arbitral*”, revela uma disposição não exaustiva que tem gerado controvérsias na jurisprudência, à luz do princípio da publicidade e do interesse social.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a tramitação em segredo de justiça dos processos relacionados a arbitragem não tem sido desafiada¹⁴. Ao julgar o REsp nº 1.678.224-SP, a Terceira Turma destaca que, “*dentre as mencionadas peculiaridades, está a preservação da confidencialidade estipulada na arbitragem, à que alude a recorrente e da qual não descurou a Lei 9.307/96, ao prever, no parágrafo único do art. 22-C, que o juízo estatal observará, nessas circunstâncias, o segredo de justiça*”¹⁵.

Não obstante, no TJ-SP, tem-se observado o desrespeito a esta regra em ações relacionadas a arbitragem, como em sede de cumprimento da sentença arbitral e ação anulatória, o que, por vezes, vem a esvaziar a opção comercial das partes pela confidencialidade.

4. O CENÁRIO DE INSEGURANÇA JURÍDICA NO TJ-SP

Consagrando uma posição há muito já defendida pelo juiz Eduardo Palma Pellegrinelli, da 1ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem da Capital de São Paulo, o TJ-SP tem efetuado o controle difuso de constitucionalidade do mencionado artigo para declará-lo inconstitucional.

Pellegrinelli, um dos difusores do entendimento do necessário afastamento do sigilo arbitral em âmbito judicial, avoca a referida disposição como incompatível com o art. 5º, LX, e com o art. 93, IX, da Constituição Federal, cujas regras prestigiariam o princípio da publicidade, apenas passível de restrição visando-se salvaguardar a intimidade ou o interesse social¹⁶.

A exemplo disso, em cumprimento de sentença arbitral promovido em 2019, *Ophthalmos v. Kemin Industries Inc*, indeferiu o trâmite em segredo de justiça¹⁷ fundamentado

¹⁴ AgInt no CC 170.603-RJ, Quarta Turma, Min. Rel. Raul Araújo, j. 10/06/2020; CC 165.678-SP, Quarta Turma, Min. Rel. Maria Isabel Gallotti, j. 20/05/2019; CC 173.822-DF, Terceira Turma, Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 06/08/2020; PET no TP 2.411, Quarta Turma, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, j. 12/11/2019; CC 166.681-PA, Terceira Turma, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 11/03/2020.

¹⁵ STJ, REsp nº 1.678.224-SP, Terceira Turma, Min. Rel. Nancy Andrichi, j. 07/05/2019.

¹⁶ PRADO, Viviane Muller; NANI, Ana Paula Ribeiro. *A Flexibilização Do Sigilo Arbitral: As Discussões Na Administração Pública, No Mercado De Capitais E No Judiciário*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 70, 2021, pp.201-226.

¹⁷ TJ-SP, Processo nº 1115694-30.2019.8.26.0100, 1ª Vara, juiz Eduardo Pellegrinelli, decisão proferida em 19.11.2019, fls. 1455-1461.

no art. 189, IV do CPC. Uma vez que “o art. 189, IV, do CPC prestigia interesses puramente privados” e que “a opção da Constituição é por privilegiar a publicidade dos atos processuais, o que apenas pode ser restringido em hipóteses excepcionais”, concluir-se-ia a inconstitucionalidade do artigo que não preserva a intimidade e nem o interesse social, em especial, este último:

É que o objetivo da jurisdição é a pacificação social, o que, em muito, decorre da segurança e previsibilidade gerados pelas decisões reiteradas do Poder Judiciário, consolidando precedentes e formando jurisprudência. Na contramão, o art. 189, IV, do CPC possibilita que as orientações do Poder Judiciário sejam conhecidas apenas por poucos advogados e poucos julgadores, sendo desconhecidas pelo jurisdicionado. (...)

(...) a regra em questão é nociva ao sistema jurídico, por provocar assimetria de informações e obstar a formação do direito (consolidação dos precedentes e da jurisprudência).

Ademais, tal restrição à publicidade obsta o conhecimento e o controle social sobre temas relevantíssimos, inclusive por pessoas relacionadas de forma direta ou indireta com o litígio (como, por exemplo, os acionistas de companhias abertas), em razão da absoluta falta de acesso aos processos e aos provimentos jurisdicionais, seguido pela absoluta falta de acesso aos procedimentos arbitrais.

Por consequência, há evidente prejuízo à tomada de decisões por pessoas que desconhecem a forma pela qual as normas abstratas são concretizadas, o que, ademais, sem razoabilidade, gera situação favorável aos pouquíssimos que têm acesso às informações socialmente tão relevantes.¹⁸

Espelhando esse entendimento, o TJ-SP tem proferido acórdãos em que se reconhece a inconstitucionalidade do art. 189, IV do CPC. Em princípio, de maneira implícita, negando o segredo de justiça com fundamento na ausência de previsão legal expressa e específica à respectiva ação para tanto. É o caso do acórdão proferido em sede de agravo de instrumento, contra a decisão do juiz Pellegrinelli acima citada¹⁹. Posteriormente, sem qualquer dúvida quanto ao exercício do controle difuso de constitucionalidade, tendo como inconstitucional a regra nos mesmos fundamentos elencados acima²⁰.

¹⁸ TJ-SP, Processo nº 1115694-30.2019.8.26.0100, 1ª Vara, juiz Eduardo Pellegrinelli, decisão proferida em 19.11.2019, fls. 1455-1461.

¹⁹ “A regra geral da publicidade dos atos processuais, estabelecida na Constituição Federal (art. 5º, LX e art. 93, IX), só pode ser afastada em hipóteses excepcionais. Por esse motivo, a interpretação do art. 189 do CPC deve ser restritiva. A ausência de previsão expressa a respeito da execução de sentença arbitral, portanto, impede o decreto de segredo de justiça no caso concreto.” (TJ-SP, Agravo de Instrumento nº 2008533-16.2020.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Rel. Cesar Ciampolini, j. 31.03.2020).

²⁰ “Segredo de justiça. A regra do sistema é publicidade dos atos processuais, de acordo com os arts. 5º, LX, e 93, IX, da Constituição Federal. A luz do sol, como afirmado pelo Justice LOUIS BLANDEIS, é o melhor detergente, faz bem à administração da Justiça. A generalizada imposição de segredo nos juízos arbitrais, contrariamente ao que sucede nos processos e julgamentos do Poder Judiciário, “é nociva ao sistema jurídico, por provocar assimetria de informações e obstar a formação do direito (consolidação dos

Isto é, a patologia do inciso IV do artigo 189 estaria configurada ao prestigiar interesses puramente privados, ampliando indiscriminadamente o segredo de justiça além do interesse social²¹. Essa concepção, no entanto, não foi consolidada no Tribunal e não tem sido manifestada da maneira jurídica adequada ao controle de constitucionalidade que tem sido efetuado.

Uma análise da jurisprudência entre 2019 e 2022 revela falta de uniformidade das decisões, bem como a violação da reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição.

4.1 O CONFLITO DE ACÓRDÃOS

A segurança jurídica confere estabilidade e previsibilidade ao Direito, “*protraindo mudanças bruscas, surpresas, armadilhas*”²². Há de ser entendido como princípio “*elemento componente do Estado de Direito, inspiradora de confiança a ser sentida pelo cidadão ao praticar qualquer jurídico de natureza pública ou privada*”²³.

precedentes e da jurisprudência)”, afirma muito corretamente a decisão agravada, da lavra da Juíza de Direito PAULA DA ROCHA E SILVA FORMOSO. Os jurisdicionados têm o direito de conhecer a jurisprudência; os empresários, especificamente, o de antever, pela coerência que sempre se espera dos que têm a nobre missão de julgar, o provável resultado dos veredictos, levando-o em consideração ao celebrar negócios mercantis.” (TJ-SP, Agravo de Instrumento nº 2263639-76.2020.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Rel. Cesar Ciampolini, j. 02.03.2021).

No mesmo sentido: TJ-SP, Agravo de Instrumento nº 2043842-64.2021.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Rel. Cesar Ciampolini, j. 19.05.2021: “*Cumprimento de sentença arbitral. Decisão de indeferimento de segredo de justiça e de pedido de arresto cautelar de bens dos executados. Agravo de instrumento da autora. Segredo de justiça. A regra do sistema é publicidade dos atos processuais (arts. 5º, LX, e 93, IX, da Constituição Federal). A respeito: "Justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done". (LORD HEWART). "A publicidade gera a oportunidade não só de conhecimento, mas, sobretudo, de controle, na forma legal, de decisões, o que é inerente ao processo legal e à própria essência do Estado de Direito, pois se trata de serviço público, vale dizer, para o público, primordial". (ARNALDO ESTEVES DE LIMA).”;*

TJ-SP, Agravo de Instrumento nº 2193571-67.2021.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Rel. Alexandre Lazzarini j. 09.03.2022: “**AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA CAUTELAR PRÉ-ARBITRAL. DECISÃO QUE DEFERIU ARRESTO DE 12.251.000 AÇÕES DAS REQUERIDAS E INDEFERIU O PEDIDO DE SEGREDO DE JUSTIÇA. REFORMA PARCIAL. INDEFERIMENTO DO SEGREDO DE JUSTIÇA MANTIDO. HIPÓTESE EM QUE NÃO SE VISLUMBRA RISCO À INTIMIDADE DAS PARTES OU AO INTERESSE SOCIAL**”.

²¹ WALD, Arnaldo de Paula. *Tribunal de Justiça de São Paulo privilegia o princípio da publicidade nas ações anulatórias de sentença arbitral – Comentários ao acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento 2263639-76.2020.8.26.0000*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 70, p. 317, 2021.

²² NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Art. 23 da LINDB: O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica*. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), pp. 93-112, nov. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77651> Acesso em 09 out 2022.

²³ DELGADO, José Augusto. *A Imprevisibilidade Das Decisões Judiciárias E Seus Reflexos Na Segurança Jurídica*. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc Acesso em 09 out 2022

José Augusto Delgado, ex-ministro do STJ e do TSE, comenta sobre a realidade atual vivenciada, por todos os agentes do direito, de reflexo do aumento brusco no grau de imprevisibilidade das decisões judiciais. Os profissionais da área, lamentando ou comemorando, cada vez mais se surpreendem com o resultado das demandas em que atuam. Uma dificuldade dos tempos atuais, pois

A presença da não uniformidade das decisões judiciais, (...), gera intranqüilidade, tornando-se causa aumentativa dos conflitos. Ofende, de modo fundamental, aos princípios do regime democrático, do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições²⁴.

Essa acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático²⁵ e constitui verdadeiro entrave ao crescimento socioeconômico do país.

Relevante, portanto, apontar a imprevisibilidade da jurisprudência do TJ-SP, que tem proferido acórdãos conflitantes. Se de um lado, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial vem reconhecendo como inconstitucional o art. 189, IV do CPC, por outro, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial diverge. Em voto proferido pelo desembargador Grava Brazil, seguido pelos desembargadores Ricardo Negrão e Natan Zelinski de Arruda, afirma que “*não divisa inconstitucionalidade no art. 189, IV, do CPC*”. Para os desembargadores,

há interesse social, que pode justificar a opção do legislador por excepcionar, em alguns casos, a regra constitucional da publicidade, no fomento de negócios realizados no Brasil e na atração de investimentos para o país. A possibilidade de escolha da arbitragem como meio de resolução de litígios e a confidencialidade que se lhe pode atribuir, extensível aos processos judiciais que sobre ela versem, são elementos importantes para muitos investidores²⁶.

Além disso, verifica-se que outras câmaras também têm mantido o reconhecimento de constitucionalidade do artigo:

²⁴ DELGADO, *op.cit.*

²⁵ DELGADO, *op.cit.*

²⁶ TJ-SP, Agravo de Instrumento nº 2114763-14.2022.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Relator Grava Brazil, j. 27.06.2022.

Ementa: “**Acolhimento em parte, apenas no que se refere ao segredo de justiça - Constitucionalidade do art. 189, IV, do CPC - Existência de interesse social no fomento dos negócios realizados no Brasil e na atração de investimentos para o país - Escolha da arbitragem como meio de solução de litígios e possibilidade de lhe atribuir confidencialidade são fatores importantes para muitos investidores - Opção do legislador, com autorização constitucional, de excepcionar a regra da publicidade na hipótese - Disputa que, ademais, não envolve interesse coletivo, como aquelas que envolvem companhias abertas - Requisito do inciso IV para deferir o segredo de justiça, consistente na pactuação da confidencialidade da arbitragem pelas partes, atendido - Segredo de justiça mantido”.**

Processo	Câmara	Data do Julgamento	Segredo de Justiça
2122048-29.2020.8.26.0000	1ª C. Reservada de Direito Empresarial	29/10/2020	deferido ²⁷
1027424-93.2020.8.26.0100	21ª C. de Direito Privado	14/06/2021	deferido ²⁸
2071707-62.2021.8.26.0000	33ª C. de Direito Privado	13/09/2021	deferido ²⁹
2065068-28.2021.8.26.0000	32ª C. de Direito Privado	17/02/2022	deferido ³⁰
2041764-63.2022.8.26.0000	33ª C. de Direito Privado	07/06/2022	deferido ³¹

O cenário é, portanto, de insegurança jurídica. Não há previsibilidade alguma ao sigilo das ações que versem sobre arbitragem.

4.2 A VIOLAÇÃO DA RESERVA DE PLENÁRIO

Além disso, também se observa que, nos casos em que o artigo em comento é declarado inconstitucional, o fazem sem observar o art. 97 da Constituição.

O artigo 97 da Carta Magna dispõe que “[s]omente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Trata-se da incorporação da regra do *full bench*, *full court* ou *en banc* criada pela jurisprudência norte-americana como uma

²⁷ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. MANUTENÇÃO DO FEITO EM SEGREDO DE JUSTIÇA. PROCESSO ARBITRAL QUE FOI INSTAURADO DE FORMA CONFIDENCIAL. PRETENSÃO EM CONFORMIDADE AOS ART. 22-C NA LEI DE ARBITRAGEM E ART. 189, IV, DO CPC/2015. RECURSO PROVIDO.”

²⁸ “Estabeleceu-se essa regra processual o princípio geral da publicidade dos atos processuais, contudo também indica as exceções possíveis. O inciso IV do referido artigo contempla hipótese de extensão do sigilo de justiça para o processo judicial de ações versando sobre arbitragem, inclusive cumprimento de carta arbitral. Tem-se, assim, que, nos casos em que os atos processuais de uma determinada arbitragem sejam protegidos por sigilo, também as ações judiciais correlatas a essa arbitragem, como eventual ação anulatória, ação para o cumprimento da carta arbitral ou ações versando sobre tutelas antecipadas antecedentes à instauração do juízo arbitral, também deverão tramitar em sigilo de justiça. Com efeito, é plenamente possível sujeitar-se à causa em tela ao sigilo de justiça, conforme interpretação gramatical do art. 189, IV do CPC. Logo, mantém-se o sigilo de justiça anotado.”

²⁹ “Agravado de instrumento. Ação anulatória de sentença arbitral parcial (...) Decisão reformada apenas para autorizar a tramitação do processo em sigilo de justiça. Recurso parcialmente provido”

³⁰ “CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL – TRAMITAÇÃO EM SEGREDO DE JUSTIÇA – Possibilidade – Existência de cláusula de confidencialidade no regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – Aplicação do art. 189, IV, do CPC c/c art. 22-C, parágrafo único, da Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem) – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO”.

³¹ “AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS Segredo de justiça Arbitragem Cláusula de confidencialidade prevista no regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá - Hipótese prevista no art. 189 do Código de Processo Civil Decisão saneadora Pontos controvertidos Limitação à controvérsia. Agravo provido.”

exigência de prudência e até mesmo de autorrestrrição (*self restraint*) dos tribunais no enfrentamento de questões constitucionais³².

Como destaca José Afonso da Silva, através da estipulação do quórum, preserva-se

“o valor da estabilidade da ordem jurídica, que requer que a declaração, no caso, tenha o significado de **um pronunciamento do tribunal na sua expressão maior, que é seu Plenário, não de uma simples fração dele**; e que este o faça representativamente, pela maioria absoluta de seus membros”³³.

É o que a jurisprudência denomina “*reserva de plenário*”, incorrendo em violação a decisão de órgão fracionário de tribunal – turma, câmara ou sessão³⁴ – que, “*embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*”, conforme consagrou a súmula vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal.

Assim, somente admite-se o controle de constitucionalidade por maioria absoluta, cuja quantidade de votos deve ser igual ou superior ao número inteiro acima da metade da totalidade dos membros do tribunal. Vale apontar que

(...) a Constituição de 1988 permitiu a criação dos órgãos especiais com competências de órgão plenário, estabelecendo, em seu art. 93, XI, que “nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno” (redação atual conferida pela EC nº 45/2004).³⁵

No TJ-SP, constituiu-se o Órgão Especial para esta competência³⁶. Seguindo o rito estabelecido no Código de Processo Civil, verificada arguição de inconstitucionalidade, deverá ser suspenso o julgamento, colher-se a manifestação do Ministério Público para, em seguida, proferir decisão de remessa ao tribunal pleno:

Assim, nos Tribunais de Segunda Instância, o controle difuso estabelece-se com a instalação do incidente arguição de inconstitucionalidade,

³² MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp.2827-2834.

³³ SILVA, José Afonso da. *Comentários contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 525 In CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves. *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.846.

³⁴ MENDES e STRECK, op. cit., p.2830.

³⁵ MENDES e STRECK, op. cit., pp.2829-2830.

³⁶ Confira-se a apresentação, bem como a composição, do Órgão Especial do TJSP no seguinte endereço eletrônico: <https://www.tjsp.jus.br/OrgaoEspecial/OrgaoEspecial/Apresentacao> Acesso em 10 out 2022.

ocasião em que o processo fica suspenso, e a questão constitucional é remetida ao Órgão Especial do Tribunal, acompanhado do respectivo acórdão.

Trata-se, dessa forma, de garantia de exame *per saltum* de qualquer inconstitucionalidade detectada no âmbito dos tribunais. **Se é verdade que qualquer juiz sempre pode deixar de aplicar uma lei ou ato normativo**, tendo como questão prejudicial a sua inconstitucionalidade, **no âmbito dos tribunais essa questão deve passar pelo respectivo incidente**. Afinal, se qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional, é necessário que haja um efetivo controle sobre essa aferição da parametricidade constitucional. E esse controle deve ser feito no modo *full bench*, objeto do art. 97.³⁷

Inquietante, portanto, os sucessivos acórdãos do TJ-SP que deixaram de observar a regra de “*full bench*”:

Processo	Câmara	Data do Julgamento	Quem julgou?
2008533-16.2020.8.26.0000	1ª C. Reservada de Direito Empresarial	31/03/2020	Cesar Ciampolini Alexandre Lazzarini Azuma Nishi
2263639-76.2020.8.26.0000	1ª C. Reservada de Direito Empresarial	02/03/2021	Cesar Ciampolini Alexandre Lazzarini Azuma Nishi
2043842-64.2021.8.26.0000	1ª C. Reservada de Direito Empresarial	19/05/2021	Cesar Ciampolini Alexandre Lazzarini Azuma Nishi
2193571-67.2021.8.26.0000	1ª C. Reservada de Direito Empresarial	09/03/2022	Alexandre Lazzarini Fortes Barbosa Jane Franco Martins

Isso porque, consoante a jurisprudência do STF, a consequência é de nulidade dos acórdãos, com a consequente determinação de novo julgamento da causa³⁸. Portanto, o cenário

³⁷ MENDES e STRECK, op. cit., pp.2829-2830.

³⁸ STF, AgRg na Reclamação nº 49.974, Segunda Turma. Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 21.02.2022: “Agravamento regimental na reclamação. 2. Direito Processual e do Trabalho. 3. Grupo econômico. 4. Art. 513, §5º, do CPC. O cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face daquele que não tiver participado da fase de conhecimento. 5. **Tribunal de origem afastou aplicação do referido dispositivo, sem observar cláusula de reserva de plenário. Violação à Súmula Vinculante 10 desta Corte. Reclamação julgada procedente para determinar o rejuízo da causa.** 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Negado provimento ao agravo regimental.”

No mesmo sentido: “Agravamento regimental em reclamação. **Súmula vinculante nº 10. Violação configurada. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que afasta a incidência de norma por fundamento constitucional. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. Ao dar provimento ao recurso especial, por decisão de órgão fracionário, o e. STJ afastou a incidência do art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil por fundamento constitucional, sem a necessária submissão da matéria à cláusula de reserva de plenário, em afronta à autoridade do STF e à eficácia da Súmula Vinculante nº 10.** 2. Agravo regimental não provido.” (STF, AgRg na Reclamação nº 8.037, Tribunal Pleno, Min. Rel. Dias Toffoli, j. 18/12/2013).

de insegurança jurídica no assunto é patente diante da sucessiva prolação de acórdãos eivados de nulidade.

5. CONCLUSÃO

Considerando a relevância da confidencialidade para o instituto da arbitragem, pertinente a discussão e uniformização judicial a respeito da (in)constitucionalidade do art. 189, IV, do CPC.

Os recentes acórdãos proferidos no âmbito do TJ-SP demonstram uma preocupação com o interesse público em conciliar o princípio da publicidade e a confidencialidade conferida pelo legislador às ações que versarem sobre arbitragem. A discussão, no entanto, tal como tem sido feita, provoca um cenário de insegurança jurídica que é prejudicial à sociedade. Não só a jurisprudência no Tribunal é discrepante, como os acórdãos que declararam o art. 189, IV, do CPC inconstitucional, o fizeram de maneira ilegal, sem observar a competência do Órgão Especial e o rito incidental estabelecido no CPC para tanto.

Vale dizer, o controle difuso de constitucionalidade, embora relevantíssimo para o Estado de Direito, deve ser exercido tal como previu a Constituição, respeitada a maioria absoluta e o rito processual estabelecido – pensado já de forma a garantir prudência e moderação dos tribunais no enfrentamento de questões constitucionais.

Referências Bibliográficas

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves. *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DELGADO, José Augusto. *A Imprevisibilidade Das Decisões Judiciárias E Seus Reflexos Na Segurança Jurídica*. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc Acesso em 09 out 2022

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Art. 23 da LINDB: O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica*. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), pp. 93-112, nov. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77651> Acesso em 09 out 2022.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz*. Coordenação: Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes, Pedro Batista Martins. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

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

PRADO, Viviane Muller; NANI, Ana Paula Ribeiro. *A Flexibilização Do Sigilo Arbitral: As Discussões Na Administração Pública, No Mercado De Capitais E No Judiciário*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 70, 2021.

WALD, Arnaldo de Paula. *Tribunal de Justiça de São Paulo privilegia o princípio da publicidade nas ações anulatórias de sentença arbitral – Comentários ao acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento 2263639-76.2020.8.26.0000*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 70, p. 317.