

ARBITRAGEM, INSOLVÊNCIA E O DILEMA DA PUBLICIDADE

Arbitration, insolvency and the publicity dilemma
Revista de Processo | vol. 292/2019 | p. 399 - 432 | Jun / 2019
DTR\2019\31927

Ronaldo Vasconcelos

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Brasileiro – IBDP. Advogado em São Paulo. rva@lucon.adv.br

César Augusto Martins Carnaúba

Advogado. cesar.carnauba@lucon.adv.br

Área do Direito: Comercial/Empresarial; Arbitragem

Resumo: O presente artigo pretende analisar os fundamentos da existência de um dever de publicidade e transparência nos processos de recuperação judicial e falência. Após, estuda-se como compatibilizar o uso da arbitragem, sigilosa por excelência, com esse contexto.

Palavras-chave: Direito processual – Direito falimentar – Arbitragem – Publicidade

Abstract: This article intends to analyze the grounds for the existence of a publicity duty within bankruptcy and judicial reorganizations proceedings. Henceforth, it is studied how to make the use of arbitration, naturally confidential, compatible with this context.

Keywords: Procedural law – Bankruptcy law – Arbitration – Publicity

Sumário:

1.Introdução - 2.Insolvência e publicidade - 3.Arbitragem e publicidade - 4.À guisa de conclusão: uma proposta de compatibilidade - Referências bibliográficas

1.Introdução

Em 2018 começou a tramitar no Congresso Nacional o Projeto de Lei 10.220/2018, de autoria do Poder Executivo. Seu objetivo, como consta da ementa, é “atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária”.

A alteração da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LREF, Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646)) é de todo salutar. Afinal, a dinamicidade das relações empresariais demanda a todo momento uma atualização das normas regentes dessa matéria, como forma de garantir a regular e eficiente performance do mercado. E, de outro lado, uma legislação estanque é um convite à criação de novas espécies de fraude por agentes do mercado ansiosos por vantagens indevidas. Nessa senda, reformas (ou leis inteiramente novas) na seara falimentar oxigenam as relações empresariais e voltam a colocar o mundo jurídico normativo *pari passu* com a realidade que ele busca regular.¹

Além disso, desde já é possível vislumbrar alguns pontos bastante positivos no projeto de lei – em que pese também haver os passíveis de crítica. Assim, por exemplo, permite-se o reinício das atividades econômicas do falido (*fresh start*),² regula-se o *DIP Financing*,³ entre outras medidas.⁴

Entre elas, a que sugeriu o tema deste trabalho é a alteração do artigo 22, I, alínea *i*, que, ao tratar dos deveres do administrador judicial, incumbe-lhe a obrigação de “manter sítio público eletrônico na internet, com acesso irrestrito, em que sejam divulgados os principais documentos e informações públicas completas e atualizadas acerca da falência ou da recuperação judicial”. A publicidade de certos atos no processo concursal, por certo, tem suas razões de ser e deve ser minimamente garantida – na medida em que seja útil à consecução dos objetivos de um processo de recuperação judicial ou falimentar.⁵

Em contraste a essa afirmação, surge a possibilidade – já bastante real e de uso crescente no Brasil – de utilizar a arbitragem para resolver controvérsias pertinentes ao processo concursal. Seja para demandas incidentais como a habilitação de crédito,⁶ seja para compromissos arbitrais celebrados pela empresa anteriormente ao pedido de recuperação judicial, o juízo arbitral já convive com o Judiciário na seara da insolvência.⁷

Desse cenário vale preocupar-se com a consecução dos deveres de publicidade e transparência inerentes ao processo recuperacional e falimentar quando cotejados com a opção pela via arbitral,

sigilosa por excelência.

A primeira parte do trabalho visa a destrinchar as relações entre a *crise da empresa* e a necessidade de se atender a um núcleo duro de *transparência* nos processos de recuperação judicial e falência.

A segunda parte pretende incluir o juízo arbitral nesse campo de estudo e procurar, ainda que a título meramente sugestivo, alguma forma de compatibilização entre a *transparência* do processo concursal e o *sigilo* do processo arbitral.

2. Insolvência e publicidade

O artigo 51 da LREF aponta os documentos e informações que deverão constar da petição inicial de um pedido de recuperação judicial.⁸ Seus numerosos incisos demonstram, de plano, que essa petição inicial deve ser instruída com muito mais informações do que a petição inicial genérica prevista no artigo 319 do Código de Processo Civil, bem como também é muito mais robusta do que a petição inicial da vetusta concordata.

O artigo mencionado, ao arrolar uma diversidade de informações e documentos a serem trazidos pela empresa em crise, ratifica em letra de lei a exigência de *transparência* no processo concursal.⁹ Trata-se, aí, de garantir que os credores “tenham (a) a capacidade técnica de avaliar as informações constantes no processo de recuperação judicial, (b) bem como o conhecimento do mercado de atuação da empresa em crise (devedora)”.¹⁰

O PL 10.220/2018 segue essa diretriz de transparência – e busca intensificá-la, na verdade. Assim, por exemplo, o projeto de lei prevê o dever do administrador judicial em “manter sítio público eletrônico na internet, com acesso irrestrito, em que sejam divulgados os principais documentos e informações públicas completas e atualizadas acerca da falência ou da recuperação judicial” (redação proposta para o artigo 22, I, *i* da LREF), bem como a “comunicação ao Registro Público de Empresas e à Secretaria da Receita Federal do Brasil para as providências cabíveis” (redação proposta para o artigo 63, V, da LREF) em caso de decretação de falência.

A preocupação em ampliar os deveres de transparência e publicidade nos processos de falência e recuperação judicial parece extremamente atual e necessária. São inúmeros os processos concursais sem relatórios do administrador judicial incumbido sobre o desempenho das empresas recuperandas – e mesmo entre os relatórios apresentados, diversos carecem de informações úteis ou metodologias sérias de acompanhamento.¹¹ Parece bastante evidente que é preciso lutar por um processo concursal cada vez mais transparente.

Mas afinal, *por que* a publicidade é tão necessária ao direito falimentar?

2.1. Fundamento econômico

O fundamento *econômico* da existência de um núcleo duro de transparência nos processos concursais reside na *assimetria de informações* decorrente de sua ausência.

A importância das informações simétricas nas teorias econômicas¹² remonta, no mais das vezes, ao trabalho de George K. Akerlof de 1970 – o “*market for lemons*”.¹³ O exemplo utilizado pelo autor é de fácil compreensão: no mercado de carros usados, há dois grandes subgrupos: carros usados de boa qualidade (“*peaches*”) e de má qualidade (“*lemons*”). O vendedor do carro sempre saberá se seu automóvel é de boa ou má qualidade, mas os potenciais compradores não têm essa informação.

Por não terem essa informação, os consumidores no mercado de carros usados estarão dispostos a pagar um preço que consiste em uma média referencial entre o preço ideal de um *peach* e de um *lemon*. Ocorre que, se estão dispostos a pagar apenas esse preço, os vendedores que possuem um *peach* deixarão de querer vender seu carro, porque não conseguirão por ele um preço justo. Com isso, diminui o número de carros de boa qualidade no mercado, o que diminui a qualidade média dos carros que, por sua vez, diminui o preço médio que os consumidores estarão dispostos a pagar. Esse raciocínio cíclico retira paulatinamente os *peaches* do mercado, até que só sobrarão os *lemons* – que ninguém está disposto a comprar – e o próprio mercado ficará fadado ao desaparecimento.¹⁴

Perceba-se que o que leva o mercado de carros usados à extinção é a defasagem (assimetria) entre as informações detidas pelo vendedor e as informações que o consumidor possui. Ou, sem recorrer ao cenário apocalíptico da extinção do mercado: desde o início a assimetria de informações manifesta seus prejuízos porque, das duas, uma: ou o consumidor adquire um produto de baixa qualidade e inferior ao preço que pagou (um *lemon*), ou o vendedor de um produto de boa qualidade (um *peach*) é forçado a vender por um preço abaixo do desejado – e um quadro assim jamais será benéfico às partes.¹⁵

A assimetria de informações é tema sensível em diversas áreas do mundo empresarial, desde conflitos de agência¹⁶ até emissão de títulos de crédito¹⁷ e investimentos diversos.¹⁸ Não à toa, o gerenciamento de informações é preocupação constante nas obras sobre governança corporativa.¹⁹

Pelas mesmas razões se faz necessário enfrentar a assimetria de informações no processo falimentar e recuperacional.²⁰ Afinal, um processo concursal transparente garante maiores condições de acerto nos cálculos dos credores e, de toda forma, aumenta a previsibilidade do resultado – o que é útil à gestão dos atos empresariais dos sujeitos desse processo.²¹ E isso, claro, assumindo que a crise da empresa já se verificou – a transparência também é essencial para evitar que a recuperação judicial seja necessária.²²

Mas esse raciocínio não justifica tão somente a necessidade de tornar públicas as informações pertinentes a um processo de recuperação judicial ou falência. É essencial distinguir, nesse ponto, *transparência e publicidade*.²³

Publicidade consiste em um dever informacional geral, porque os destinatários da informação pública pertencem a toda a coletividade. Toda a população pode ter interesse na administração da Justiça, na gestão dos recursos públicos (caso haja entes públicos como parte no processo) ou mesmo na regular performance do mercado, protegida constitucionalmente pela garantia da livre-iniciativa.

Mas essa amplitude de interessados justifica, na exata proporção, uma publicidade meramente genérica, porque os efeitos que o processo concursal produzirá sobre essa coletividade serão indiretos.

No outro extremo, existe um grupo específico de sujeitos interessados, e esses sim podem sofrer efeitos diretos pela decisão jurisdicional superveniente. Tratam-se de agentes econômicos, acionistas, investidores, credores, aqueles que se relacionam com os sujeitos do processo (ou inclusive são partes dele). Nesses casos, é necessário disponibilizar informações mais precisas, ainda que de forma concisa, p. ex., “o alcance da demanda e suas potenciais chances de êxito (informação que de resto, caso se trate de ação contra a companhia, deverá constar em balanço como potencial contingência)”.²⁴ Nesses casos, mais do que *publicidade*, é necessário haver *transparência*.

É dizer: a diferença entre *publicidade* e *transparência* – para Calixto Salomão Filho – parte da identificação dos destinatários da informação para concluir que, quando eles possuem interesse direto no processo, é necessário que haja *transparência* além da *publicidade*, e isso consiste na divulgação de um número maior de informações do que se divulgaria se não houvesse esse interesse direto.

De outro lado, transparência também pode ser verificada como um atributo de algo público. *Publicidade* é permitir o acesso, por qualquer interessado, ao teor do ato (à informação). *Transparência* é garantir que o teor desse ato seja compreensível e, dessa forma, a informação realmente chegue ao interessado que a requereu.²⁵ A diferença, nessa acepção, é qualitativa.

Nada obstante, as duas perspectivas anteriores não são excludentes – ao menos não quando se objetiva reduzir a assimetria de informação. A rigor, elas são complementares. Se é necessário, para garantir a regular performance do mercado, que se reduza a assimetria de informação entre as diversas partes do processo concursal e também entre partes e terceiros, é salutar que as informações disponibilizadas sejam, simultaneamente, tantas e tão compreensíveis quanto possível. A realidade econômica exige que as informações relativas à crise da empresa e a seu processo de recuperação ou falência sejam não apenas públicas, mas transparentes. E, ao invés de procurar a correta distinção entre publicidade e transparência, mais vale entender a quantidade de informações e a facilidade de compreendê-las como mandados de otimização, devendo ambas serem proporcionadas na maior medida possível.²⁶

2.2. Fundamento sociológico

O fundamento *sociológico* consiste em estimular a publicidade das informações do processo concursal para estabelecer uma relação de confiança entre as partes que permita a obtenção de uma solução *consensual* para a controvérsia.

Sobre a importância da consensualidade no processo falimentar e recuperacional, já nos pronunciamos recentemente:

“A consensualidade, em que pese não ser a melhor ferramenta para todo e qualquer tipo de conflito, desponta com importância tremenda quando se trata dos processos concursais de recuperação judicial e falência.

[...]

Nesse contexto, a mediação – método consensual de resolução de conflitos revela-se como instrumento, em tese, adequado para a recuperação judicial, pois, por meio ‘da retomada do diálogo produtivo entre as partes, estimulando a negociação do plano de recuperação, o mediador, em ambiente sigiloso, desempenha papel não decisório centrado na reconstrução da comunicação entre as partes, sendo elas próprias responsáveis pela obtenção de eventual acordo.’

Na mediação a intenção do terceiro é apenas promover a aproximação e o entendimento entre as partes. A imparcialidade e a equidistância do mediador favorece o estabelecimento de uma relação de

confiança entre as partes (a recuperanda/massa falida e seus credores), o que contribui com a elaboração de um plano de recuperação judicial mais consentâneo com as zonas de interesse de cada um dos sujeitos do processo concursal.

O norte que se impõe, portanto, é o de estimular o uso da técnica de mediação por meio de mediadores profissionais no processo de recuperação judicial e falimentar, porque parece, *a priori*, meio adequado para o favorecimento da comunicação entre as partes e, conseqüentemente, apto a lograr a elaboração e deliberação de um plano de recuperação adequado às especificidades do caso. Assim é que dentro desse contexto de atuação de mediadores profissionais seria possível favorecer o diálogo entre os principais sujeitos do processo – excluído o juiz e incluído o administrador judicial – com o objetivo de facilitar o atingimento da comunhão de interesses.

A elaboração do plano de recuperação judicial é, por excelência, um momento processual propício à negociação entre as partes – aqui entendida como uma técnica de resolução de conflitos. A técnica da negociação é também muito íntima da mediação; por óbvio, a negociação é intermediada por um terceiro facilitador, mas a essência da mediação é que as partes conversem, se comuniquem e, quiçá, transijam.²⁷

Como se observa, a consensualidade é inerente ao processo concursal, porque a principal peça de recuperação da empresa – o plano de recuperação judicial – nada mais é senão “a proposta realizada pelo devedor aos credores para superar a crise econômico-financeira que o acomete e continuar a desenvolver a empresa com regularidade”.²⁸ “Proposta”, porque será submetida à apreciação dos credores em Assembleia Geral e pode ser alvo de negociações e transações por esses sujeitos.

Por vezes, a solução mais adequada à crise da empresa pode ser justamente a decretação da falência e a liquidação expedita de seus ativos – visto que a preservação desejada é da *empresa*, e não necessariamente do *empresário*.²⁹ Ou, mais acuradamente, a preservação é da *atividade econômica* antes de ser da *empresa*, porque são as suas unidades produtivas que, uma vez salvaguardadas, contribuirão com a regular performance do mercado.³⁰ Entretanto, é bastante plausível assumir que o objetivo inicial do processo concursal é buscar a recuperação da empresa, que pode perfeitamente satisfazer os credores e manter as unidades produtivas da empresa. Dessa forma, a aprovação do plano de recuperação judicial é medida que, *em tese*, é o objetivo a ser perseguido no processo concursal – e ela só será alcançada se houver consenso entre devedor e credores.

Aceita essa premissa, vale concluir que a aprovação do plano de recuperação judicial pode ser lograda com maior facilidade se lançar uso das técnicas comumente abordadas no estudo dos meios alternativos de solução de controvérsias. Assim, seja pela adoção de mediação na recuperação judicial,³¹ seja pelo mero uso de técnicas de negociação durante a votação do plano, ou por outras tantas possibilidades, a relação entre crise da empresa e soluções consensuais é patente.

Mas isso significa que é necessário ter um ambiente propício à obtenção de uma solução autocompositiva, e isso passa pela construção de uma *relação de confiança* entre as partes. Ora, uma relação de confiança dificilmente seria construída entre as partes se não houvesse transparência entre as informações que elas compartilham. E a publicidade de informações úteis à compreensão da controvérsia é medida que proporciona a identificação das zonas de interesse de cada parte envolvida e a conseqüente criação de valor para todos.³²

Ter acesso às informações necessárias permite que as partes passem a trabalhar de acordo com seus *interesses*, e não com base em suas *posições* – como na clássica lição das meninas que disputavam uma laranja.³³ É possível que, com acesso a todas as informações disponíveis, credores inicialmente em conflito percebam que seus interesses não são mutuamente excludentes (ainda que suas posições iniciais o fossem). E, com a negociação baseada nos interesses de cada parte, as chances de se alcançar um acordo (e esse acordo ser realmente vantajoso a todos) aumentam consideravelmente.³⁴

Na ponta, ter acesso a todas as informações pertinentes amplia a possibilidade de inventar opções de ganho mútuo.³⁵

Em conclusão ao raciocínio, a obtenção de um acordo – que será estimulada na proporção em que as informações forem públicas e transparentes – é medida que consiste na eliminação da sensação de “perde x ganha” típica de uma solução adjudicada e, em razão disso, resolve a controvérsia não apenas no plano jurídico como também no sociológico.³⁶

É natural presumir que os credores de uma empresa em recuperação judicial já possuíam com ela relações comerciais, muitas vezes de longa data. Junto a isso, é necessário garantir que a empresa mantenha suas unidades produtivas, e isso passa pela capacidade de atuar no mercado, contratando e dialogando com outros agentes – a premissa para isso é um relacionamento minimamente saudável entre as partes. Se, mesmo que a controvérsia seja resolvida no plano jurídico, a relação entre a empresa em recuperação e diversos de seus parceiros comerciais restar deteriorada, fica prejudicada

sua reinserção no mercado e, via de consequência, ofender-se-á o princípio da preservação da empresa, justamente porque não se resolveu o conflito no plano sociológico.

Em apertada síntese, a obtenção de uma solução consensual é interessante ao processo concursal porque viabiliza a elaboração de um plano de recuperação judicial consentâneo com todas as expectativas envolvidas e, da mesma forma, resolve a controvérsia no plano sociológico, facilitando a manutenção das relações comerciais da empresa em recuperação. E a obtenção de uma solução consensual é facilitada pela adequada publicidade e transparência das informações pertinentes tanto ao processo de recuperação judicial quanto a todo o caso concreto ali em exame, para que as partes possam negociar com base em seus interesses e não em suas posições.

2.3. Fundamento jurídico

O fundamento *jurídico* do dever de publicidade consiste em garantir o controle social sobre a prestação jurisdicional e a consequente observância do devido processo legal.

Sobre o conteúdo jurídico do devido processo legal descabe falar à exaustão, mormente por não ser o objeto de estudo do presente trabalho. Vale, para o momento, entendê-lo a partir da acepção simples de princípio basilar do direito processual, do qual decorrem os demais.³⁷ É dizer: a exposição desse item pode encontrar fundamentos jurídicos da publicidade processual em diversas garantias de ordem constitucional, como a ampla defesa, o acesso à informação e, na ponta, mesmo a dignidade da pessoa humana. Mas assegurar todas essas garantias no bojo de um processo é, ao mesmo tempo, assegurar a observância do devido processo legal.

Não se olvida que as partes sejam responsáveis pela observância de um processo justo e efetivo. Isso porque *todos* os sujeitos do processo “devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (CPC (LGL\2015\1656), art. 6º). O processo colaborativo, ao mesmo tempo princípio e modelo do processo no Estado Constitucional brasileiro, traz aos sujeitos do processo (partes inclusas) um dever de probidade, de boa-fé processual.³⁸ Por meio disso, busca-se evitar atos atentatórios à dignidade da justiça, atos meramente protelatórios, litigância de má-fé ou temerária, tudo com vistas à consecução dos objetivos do processo.

Mas, além das partes, também (e principalmente) o juiz deve zelar para que o processo seja conduzido segundo os ditames do *due process of law*. Aqui também cabem considerações advindas do processo colaborativo, como os deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio.³⁹ Junto a esses deveres, surgem outras tantas responsabilidades, como a vedação às decisões-surpresa (CPC (LGL\2015\1656), art. 10)⁴⁰ e a fundamentação das decisões judiciais (CPC (LGL\2015\1656), art. 11 e 489, § 1º, c/c Constituição Federal, art. 93, IX).

A garantia de motivação das decisões possui natureza bifronte porque, de um lado, permite a adequada impugnação da decisão por recursos ou outros meios cabíveis;⁴¹ de outro, possibilita um controle social sobre as razões de decidir do julgador. Esse controle social não deve ser exercido apenas pelas partes, mas por *toda a coletividade* – esta, sim, destinatária da motivação das decisões judiciais.⁴²

Entende-se, então, que a publicidade do processo proporciona o controle – e o consequente aumento nas chances de atingimento – de um processo justo e adequado.⁴³ E esse controle, para ter êxito, deve ser “generalizado” e “difuso”, porque a administração da justiça (presente em cada processo, realizada por cada juiz) é do interesse de toda a coletividade.⁴⁴

Reflexamente, permitir que toda a coletividade tenha acesso ao processo também sugere uma função *pedagógica* da publicidade, porque essa mesma coletividade pode passar a conhecer o funcionamento do Poder Judiciário a cuja autoridade se submete, pode participar democraticamente da construção de procedimentos mais adequados, e pode, a partir desse diálogo, aumentar sua própria segurança jurídica, por conhecer as razões de agir e decidir dos juízes.⁴⁵

Mas a publicidade não se faz necessária apenas na prolação da sentença. Publicidade e dever de fundamentação se relacionam porque ambos permitem o exercício do controle social sobre a administração da justiça,⁴⁶ mas a publicidade se estende *aos atos processuais*, e não apenas à decisão judicial.⁴⁷ E isso porque a prática de atos processuais à revelia da publicidade, sejam eles decisórios ou não, pode se tornar causa eficiente de uma decisão judicial desfavorável àquele que não teve acesso ao ato – ou mesmo a terceiros interessados (na ponta, interessados na administração da justiça).⁴⁸

Ademais, adotando por ora uma análise fortemente positivista para estudo do tema, é de rigor apontar que o processo – e não há razão para excluir o processo concursal dessa afirmação – deve ser público porque *a Constituição prevê a publicidade dos julgamentos!*

O art. 93, IX, da Constituição Federal determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões”. Ainda que o mesmo dispositivo diga, logo a seguir, que a lei pode “limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus

advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”, a regra é a publicidade. Apenas excepcionalmente, em atenção ao princípio (também de matriz constitucional) da intimidade, poderão ser sigilosos os atos processuais.⁴⁹

Difícilmente surgirá uma situação que demande a tramitação de alguns atos do processo concursal em segredo de justiça. Veja-se que o exemplo por excelência de segredo de justiça – a presença de menores de idade no conflito – tem pouca aplicabilidade na seara do direito falimentar, porque pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, o menor com 16 anos completos já pode se tornar plenamente capaz para os atos da vida civil (Código Civil (LGL\2002\400), art. 5º, parágrafo único, V). Ainda que se cogite de situação excepcional, como informações delicadas sobre temas de segurança nacional, tratar-se-iam (i) de situações excepcionais que muito raramente serão encontradas no processo concursal, e (ii) que justificam o sigilo de apenas alguns poucos atos do processo.

3.Arbitragem e publicidade

3.1.Arbitragem e insolvência

A utilização da via arbitral para resolver controvérsias atinentes ao processo de recuperação judicial ou falência já foi abordada em oportunidade anterior, na qual se consignou que “a arbitragem se revela como instituto de aplicação útil para as questões incidentais da falência ou da recuperação judicial”.⁵⁰ Não é imprescindível, portanto, retomar a discussão sobre arbitrabilidade subjetiva e objetiva, temas já tratados e que por ora servem mais para contextualizar a presente tese.

Dessa forma, e em uma síntese apertada do que lá se concluiu, basta apontar que a arbitragem é plenamente admissível no bojo dos processos concursais. Sob o prisma subjetivo, a recuperação judicial não oferece quaisquer desafios, visto que o empresário não perde seus poderes de gestão durante o negócio; na falência, conquanto ele seja afastado da administração da companhia, as convenções arbitrais já celebradas permanecem incólumes, na condição de ato jurídico perfeito. Já sob a perspectiva objetiva, também os requisitos de patrimonialidade e disponibilidade são devidamente preenchidos, ressalvadas hipóteses excepcionais que visam a resguardar interesses específicos do processo concursal (como a preocupação com eventual dilapidação patrimonial do devedor) e impedir a disposição de determinados bens da empresa recuperanda ou falida.

Nada obstante a utilização da arbitragem seja possível – e encorajada! –, fato é que ela deve ser adequada aos objetivos perseguidos pela legislação concursal, bem como subserviente aos princípios que regem a matéria – como, por excelência, o *par conditio creditorum*.⁵¹ Mas, além disso, é necessário assentar que os objetivos da Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646) e da arbitragem são perfeitamente compatíveis entre si.

A arbitragem, procedimento destinado à resolução de um conflito determinado e específico,⁵² é frequentemente elogiada por ser *flexível* e adaptável ao conflito que pretende solucionar.⁵³ Além disso, as partes contam com um julgador – o árbitro – que pode, a seu critério, ter a *especialização técnica* que lhe proporcionará melhores condições de resolver adequadamente o conflito.⁵⁴ E, somadas a essas duas características, tem-se a *confidencialidade* típica do juízo arbitral – ora tratada com mais profundidade.⁵⁵

O fato de ser flexível, por si só, pode justificar a compatibilidade da arbitragem com literalmente qualquer espécie de conflito. Mas, em termos práticos, os processos concursais podem se beneficiar de um procedimento adaptável porque são diversos os sujeitos presentes na controvérsia. Não se pode tratar da mesma forma os parceiros comerciais da empresa recuperanda, os detentores de créditos trabalhistas e eventuais financiadores da devedora. A própria celeridade do processo fica prejudicada na medida em que se torna necessária a cientificação de todos esses sujeitos, o agendamento de uma assembleia com o maior número de presentes etc.

A complexidade *subjetiva* do processo concursal vem em conjunto com a complexidade *objetiva*, porque são várias – e muito díspares entre si – as matérias submetidas à cognição do juízo na recuperação judicial ou na falência. Além das questões típicas de direito comercial, são necessários conhecimentos suficientes para enfrentar os aspectos trabalhistas que atingem parte dos créditos, os aspectos penais na ocorrência de crimes falimentares, os aspectos de direito público se houver credores integrantes da Administração Pública, entre outros tantos. Nesse contexto sobrepõe a importância da *especialização técnica* do julgador, porque, se uma determinada demanda incidental ao processo concursal versa, por exemplo, eminentemente sobre direito trabalhista, é de todo interessante que ela seja submetida a um árbitro com ampla bagagem nessa área, do que ao juiz que conduz o processo de falência ou recuperação judicial – que, no mais das vezes, tem como foco de seus estudos e atuação profissional o direito empresarial, o direito civil e ramos afins.

Todo esse conjunto de características da arbitragem advoga para a consecução dos objetivos do direito falimentar, porque a LRF surgiu, em 2005, justamente para trazer às empresas em crise uma legislação mais consentânea com a realidade do que o Decreto-Lei 7.661/1945 (LGL\1945\2)⁵⁶ – da mesma forma que a LArb surgiu para positivar um meio de solução de controvérsias mais adequado a certos tipos de conflito.

O direito da empresa em crise ulterior à LRF não se preocupa exclusivamente com credores ou devedores – em claro distanciamento do dualismo pendular da legislação concursal.⁵⁷ Passa-se, em contrapartida, a buscar a manutenção das unidades produtivas e, para tanto, estimular uma verdadeira *comunhão de interesses* entre todos os envolvidos na falência ou na recuperação judicial (esta última, por sinal, novidade da própria LRF).⁵⁸

Dentro da premissa de que o processo concursal deve atender a toda uma gama de interesses, é evidente que deverão surgir novas formas de resolver esses conflitos de maneira adequada. Assim, tal como o processo coletivo surgiu para tutelar interesses antes à margem do Poder Judiciário, surge a recuperação judicial em atenção ao valor social de uma empresa em funcionamento, “que deve ser preservado não só pelo incremento da produção, como principalmente, pela manutenção do emprego, elemento de paz social”⁵⁹ – isto é, pelo atendimento dos diversos interesses aí envolvidos.

A arbitragem se insere na lógica de estímulo à *comunhão de interesses* no direito das empresas em crise pelas mais variadas razões. Por vezes, a confidencialidade típica da via arbitral interessa às empresas envolvidas, preocupadas em não divulgar suas estratégias comerciais e segredos industriais. Frequentemente, a celeridade do procedimento arbitral é um grande atrativo, principalmente quando considerada a dinamicidade das relações comerciais. A possibilidade de contar com julgadores (árbitros) com *expertise* em áreas de conhecimento além da jurídica – engenheiros, contadores, economistas – facilita a resolução de controvérsias que, com a crescente complexidade da sociedade, também se tornam mais intrincadas e interdisciplinares.

A LRF surgiu com objetivos bastante claros, como a *celeridade* e a *eficiência* dos processos concursais, e a previsibilidade das decisões em atenção às peculiaridades da economia nacional. Por sua vez, a LArb surge para proporcionar uma alternativa flexível, especializada, confidencial e célere ao processo judicial – e tem seu uso mais frequente justamente nas relações empresariais. As duas leis, quando menos, têm intenções não excludentes entre si – e a bem da verdade, são totalmente compatíveis.

3.2.Arbitragem e confidencialidade

O estudo da arbitragem comumente ressalta, quando aponta suas qualidades, a *confidencialidade* do procedimento.⁶⁰ Não é sem motivo: sendo a arbitragem frequentemente utilizada em controvérsias de natureza empresarial,⁶¹ é bastante razoável pressupor que será do interesse das partes evitar a publicidade de suas estratégias comerciais, segredos industriais, ou mesmo suas relações com outros agentes do mercado.

A frequência com que a escolha pela via arbitral caminha junto ao interesse em ocultar certas informações e a prática de certos atos processuais faz com que a confidencialidade se torne característica inerente, quase *sine qua non*, da via arbitral.⁶² Essa visão, certamente de ordem prática, é também corroborada por doutrina, nacional⁶³ e estrangeira.⁶⁴

Ocorre que, ao contrário do que esse cenário pode levar a entender, a confidencialidade *não é pressuposto da arbitragem*. Por mais recorrente que ela seja, não possui o condão de ser alçada à categoria de requisito indispensável à celebração ou instauração de um procedimento arbitral. E tanto não é uma característica obrigatória da jurisdição arbitral, que não se encontra nenhum dever legal de confidencialidade.

Todavia, relevante ponto de debate reside na discussão sobre um possível dever *legal* de confidencialidade na arbitragem. Respeitada corrente doutrinária vislumbra essa obrigação no art. 13, § 6º, da Lei de Arbitragem, que impõe ao árbitro o dever de proceder com *discrição* – entendida, dessa forma, como sinônimo da confidencialidade.⁶⁵

Na outra ponta, há quem observe o dever de *discrição* do árbitro apenas como uma postura sóbria, sem comentários sobre a causa que estiver sob sua responsabilidade.⁶⁶ Desse entendimento decorre a conclusão de que a confidencialidade não é obrigatória na arbitragem – e isso é respaldado, igualmente, por nomes autorizados da doutrina.⁶⁷

Parece-nos mais acertada a segunda posição.

A uma, soa um tanto exagerado equiparar o dever de *discrição* do árbitro com a *confidencialidade* da arbitragem. A Lei, afinal, usa um termo que *não é sinônimo* de confidencialidade, no artigo em que trata dos deveres *do árbitro* (e não das características precípuas ao juízo arbitral). Acreditar que a intenção do legislador era criar um dever legal de sigilo seria pressupor uma péssima técnica

legislativa. E, além disso, tal entendimento dá azo ao surgimento de discussões infundáveis e de pouca relevância prática sobre as diferentes nuances de *discrição* e *confidencialidade*.

A duas – e certamente o argumento mais importante a respaldar esse posicionamento – é essencial considerar que, na arbitragem, é de grande relevância a *autonomia da vontade das partes*.⁶⁸ Elas, deliberadamente, escolhem *renunciar ao Poder Judiciário* para resolver suas controvérsias em um meio privado que, salvaguardado um núcleo duro de devido processo legal (com a concretização do contraditório e a preservação do juiz natural, por exemplo), conta com um procedimento amplamente maleável, para se adequar às especificidades da controvérsia. Soa ilógico a lei criar um *dever*, seja ele de confidencialidade ou de publicidade, se o procedimento da arbitragem depende de uma construção casuística e bastante flexível.⁶⁹

É justamente em atenção à autonomia das partes que não se pode vislumbrar um dever de confidencialidade – ou mesmo de publicidade – na via arbitral. Mas outro ponto de debate, e certamente ainda tormentoso, é discutir se o dever de confidencialidade é *implícito* no juízo arbitral. Isto é: no silêncio das partes e da instituição arbitral a que se vincularem, a arbitragem se presume pública ou sigilosa?

Fato é que, em termos práticos, a arbitragem *tende* a ser sigilosa. Isso se mostra, principalmente, na previsão de sigilo encontrável em diversos regulamentos de câmaras arbitrais, mas também se faz presente nas próprias expectativas dos que se submetem ao juízo arbitral.⁷⁰

Sem poder vislumbrar algum indicativo de consenso no estudo sobre essa questão, é necessário, ao menos sob a forma de paliativo, pugnar pela cautela das partes. Assim, por exemplo, a recomendação de José Emílio Nunes Pinto às partes, para que “façam inserir, nas cláusulas compromissórias que venham a celebrar, disposição que expresse claramente a sua intenção e em razão da qual todos os documentos, dados, informações, atos e a própria sentença sejam mantidos em sigilo e tratados como informação confidencial”.⁷¹ Igualmente válido é ansiar para que os próprios árbitros, quando perceberem essa lacuna, consultem as partes sobre o interesse ou a necessidade em tornar o procedimento sigiloso.

De toda sorte, as incertezas sobre a confidencialidade implícita da arbitragem surgem, tão somente, em casos que não contem com disposições específicas na legislação de regência. Isto é: se no processo constarem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade, não restará dúvidas de que ele deverá ser confidencial – porque, mesmo se tramitasse no Poder Judiciário, assim o faria em segredo de justiça (CPC (LGL\2015\1656), art. 189, III).⁷² De outro lado, existem situações que demandam publicidade ampla, como é a atuação da Administração Pública, e a arbitragem que envolva tais casos “respeitará o princípio da publicidade” (LARb, art. 2º, § 3º).

No caso específico do direito falimentar, como visto *supra*, existe um sensível dever de publicidade, e diversos são os fundamentos para tanto. Não é norma tão cogente como é o dever de publicidade da Administração Pública, mas ainda assim, é digno de nota e de observância. A compatibilidade desse dever implícito de publicidade com a realidade do juízo arbitral é o tema do item seguinte.

4.À guisa de conclusão: uma proposta de compatibilidade

Do exposto até o momento, fixou-se antes de tudo o entendimento de que os processos de falência e recuperação judicial possuem um grande dever de publicidade e transparência. Entre os diversos fundamentos aptos a respaldar tal assertiva e garantir uma publicidade ampla dos documentos e atos processuais, destaca-se um de ordem econômica (reduzir a assimetria de informação entre os diversos interessados na crise da empresa), um de ordem sociológica (estabelecer uma relação de confiança entre os interessados que possibilite a obtenção de uma solução consensual, resolvendo o conflito também no plano sociológico) e um de ordem jurídica (proporcionar o controle social sobre a atividade jurisdicional).

É plenamente possível que, no decorrer do processo concursal, seja instaurada uma arbitragem para resolução de uma demanda incidental, ou mesmo que a empresa em crise (recuperanda ou falida) já tenha processos arbitrais em curso. A arbitragem não é instituto estranho ao direito falimentar: seja sob o prisma da arbitrabilidade, seja sob o prisma dos objetivos perseguidos por esses dois ramos, é plenamente possível fazer uso da via arbitral, quando parecer necessário ou interessante às partes. O que se exige, tão somente, é que sejam respeitados os princípios e objetivos inerentes à legislação concursal: a manutenção das unidades produtivas, a satisfação dos credores, o tratamento isonômico dos credores, entre outros.

Todavia, é cediço que a arbitragem é sigilosa por excelência, e a questão sobre a qual aqui se debruçou foi a tentativa de compatibilidade entre a arbitragem (no mais das vezes confidencial) e o processo concursal (que possui um dever de publicidade e transparência).

Também a partir do quanto tratado em linhas anteriores, infere-se que a arbitragem não é *obrigatoriamente* confidencial, por mais recorrente que seja essa característica. As instituições arbitrais, não raro, trazem a previsão de confidencialidade em seus regulamentos, mas não existe um *dever legal* de sigilo.

A ausência de previsão legal expressa sobre a confidencialidade na arbitragem – e, mais especificamente, naquela relativa a processos concursais – leva à conclusão de que apenas de maneira casuística poderá se verificar o atendimento aos deveres de publicidade e transparência do direito das empresas em crise. E essa análise casuística deverá passar por um exame de *proporcionalidade e razoabilidade* do eventual sigilo de certos documentos ou atos processuais.

É dizer: não é porque o processo concursal possui um dever de publicidade que a arbitragem a ele relativa deverá ser integralmente pública. De outro lado, também não parece adequado que a arbitragem seja totalmente sigilosa (como poderia ser se não fosse a crise da empresa a alterar as circunstâncias fáticas), porque isso pode, por exemplo, impossibilitar a compreensão da situação econômica da devedora – e prejudicar a aprovação de um plano de recuperação judicial.

Nesse cenário, a postura mais prudente parece ser aquela que, como dito, faz com que a arbitragem se curve aos objetivos pretendidos pela legislação concursal – e isso passa pelo atendimento do dever de publicidade, na medida em que auxilie a consecução desses objetivos. As informações de um processo arbitral que deverão ser divulgadas aos interessados na crise da empresa (mediante apreensão casuística) são exatamente aquelas que possam reduzir a assimetria de informação, ajudar a estabelecer uma relação de confiança entre os interessados e possibilitar um controle social sobre a atividade jurisdicional.

Por vezes, as informações úteis à consecução de tais objetivos podem estar concentradas na sentença arbitral e nas alegações finais de cada parte – sendo desnecessário, portanto, que sejam divulgados outros atos instrutórios. Em outras vezes, praticamente todos os atos do processo arbitral conterão informações úteis – e, se for do desejo das partes, os documentos podem ser disponibilizados mediante a ocultação de trechos irrelevantes, protegidos por segredo industrial ou outras razões (como costuma ocorrer na *discovery* do direito anglo-saxão).

A praxis do mundo empresarial certamente se encarregará de criar alternativas para tanto. O que se defende aqui é a existência de um dever de publicidade nos atos relacionados ao processo concursal, cujos efeitos se espalham também para os processos arbitrais a ele relativos, sem, contudo, desnaturar seu sigilo ou eliminar as razões que levaram as partes à adoção da via arbitral.

Referências bibliográficas

AKERLOF, George. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BASILIO, Ana Tereza; LINS, Thiago. A relativização da confidencialidade na arbitragem; companhias abertas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 49, p. 157-172, abr.-jun. 2016.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646)* comentada artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/1996 (LGL\1996\72)*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNAÚBA, César Augusto Martins. Adequação da arbitragem aos litígios envolvendo o Poder Público. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 7-27, abr.-jun. 2018.

CEREZETTI, Sheila Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. Fotografias de uma década da Lei de Recuperação e Falência. In: CEREZETTI, Sheila Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005 (LGL\2005\2646): estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Almedina, 2015.

CHAROENWONG, Ben; DOH, Hyunsoo; WANG, Yiyao. Debt overhang and asymmetric information in the secondary market. *SSRN Electronic Journal*, jan. 2017.

COSTA, Guilherme Recena. Integração contratual, confidencialidade na arbitragem e segredo de justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 48, p. 69-89, jan.-mar. 2016.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015 (Coleção Grandes Temas do novo CPC (LGL\2015\1656), v. 1).

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 49, p. 227-285, jan.-mar. 2012.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GABBAY, Daniela Monteiro. Negociação. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (Coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC (LGL\2015\1656), In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.

HILLIER, Brian. *The economics of asymmetric information*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 1997.

INSTITUTO RECUPERA BRASIL. *Eficiência da administração judicial para a transparência do processo de recuperação judicial*. São Paulo, 2017.

KRAAKMAN, Reinier et al. *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

KRISHNASWAMI, Sudha; SPINDT, Paul A.; SUBRAMANIAM, Venkat. Information asymmetry, monitoring, and the placement structure of corporate debt. *Journal of Financial Economics*, v. 51, p. 407-434, 1999.

LAZZARINI, Alexandre Alves. A recuperação judicial de empresas: alguns problemas na sua execução. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 36, p. 93-106, abr.-jun. 2007.

LEE, João Bosco. O princípio da confidencialidade na arbitragem comercial internacional. In: LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Estudos de arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 21, p. 387-407, jul.-set. 2003.

LUCCA, Newton de; DEZEM, Renata Mora Maciel. Dez anos de vigência da Lei 11.101/2005 (LGL\2005\2646). Há motivos para comemorar? In: CEREZETTI, Sheila Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005 (LGL\2005\2646): estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015

MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 109, p. 389-414, jan.-dez. 2014.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado da arbitragem: comentário à Lei n. 63/2011, de 14 de dezembro*. Coimbra: Almedina, 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MOTTA, Fabrício. Publicidade e transparência são conceitos complementares. *Consultor Jurídico*, 01 fev. 2018. Disponível em: [https://www.conjur.com.br].

OXELHEIM, Lars. *Corporate and institutional transparency for economic growth in Europe*. Oxford: Elsevier, 2006.

PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, p. 25-36, jul.-set. 2005.

RATHMELL, Andrew et al. *Engaging the board: corporate governance and information assurance*. Santa Monica: Rand, 2004.

REICHELTL, Luis Alberto. A exigência de publicidade dos atos processuais na perspectiva do direito ao processo justo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 234, p. 77-97, ago. 2014.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Projeto de Lei e Recuperação Judicial: o que vem por aí? *Migalhas*, 15 maio 2018. Disponível em: [www.migalhas.com.br].

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves notas sobre transparência e publicidade na arbitragem societária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 52, p. 63-69, jan.-mar. 2017.

SILVEIRA, Daniela Gonsalves da. Direito ao contraditório, dever de fundamentação e direito à publicidade no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 248, p. 69-87, out. 2015.

SIOUF FILHO, Alfred Habib. Negociação para resolução de controvérsias. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito*. São Paulo: Método, 2012.

TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC (LGL\2015\1656) – análise e proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 190, p. 257-269, dez. 2010.

VALVERDE, Trajano de Almeida. *Comentários à Lei de Falências* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 2.

VASCONCELOS, Ronaldo. A mediação na recuperação judicial: compatibilidade entre as leis. In: CEREZETTI, Sheila Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005 (LGL\2005\2646): estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015.

VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Arbitragem e insolvência. In: VASCONCELOS, Ronaldo et al. (Coord.). *Análise prática das câmaras arbitrais e da arbitragem no Brasil*. No prelo 2018.

VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Consensualidade no processo concursal. *A Insolvência*, São Paulo, v. 1, p. 78-79, 2018.

WALD, Arnaldo. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 20, p. 9-24, jan.-mar. 2009.

1 “Uma lei de falências gasta-se depressa no atrito permanente com a fraude. Os princípios jurídicos podem ficar, resistir, porque a sua aplicação não os esgota nunca. As regras práticas, que procuram impedir o nascimento e o desenvolvimento da fraude, é que devem com esta evoluir. Contra a fraude à lei é preciso a lei contra a fraude. As brechas, que ardilosos conseguem com o tempo abrir na lei, por mais fechada que seja, necessitam de reparos” (VALVERDE, Trajano de Almeida. *Comentários à Lei de Falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 2. p. 10).

2 A alteração constará nos artigos 158, III, 158-A e 159 da LREF. Através do *fresh start*, a pessoa natural falida poderá requerer ao juízo da falência que as obrigações a ela referidas sejam declaradas extintas por sentença, caso tenha decorrido o prazo de dois anos, contado da data do encerramento da falência.

3 O *DIP Financing* é uma modalidade de financiamento para uma empresa que já se encontra em recuperação judicial, e visa a auxiliar a consecução das obrigações da recuperanda. Segundo o artigo 69-F, cuja inclusão na LRF o PL pretende realizar, “na hipótese de falência, o valor do financiamento efetivamente entregue ao devedor, atualizado até a data da decretação, será considerado crédito extraconcursal e conferirá ao financiador preferência, nos termos estabelecidos no art. 84, exceto para financiamento obtido com sócios e integrantes do grupo do devedor ou com pessoa que tenha relação de parentesco ou afinidade até o quarto grau com o devedor”.

4 Para uma visão abrangente das principais inovações do PL: ROQUE, Andre Vasconcelos. Projeto de lei e recuperação judicial: o que vem por aí? *Migalhas*, 15 maio 2018. Disponível em: [www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI280109,61044-

Projeto+de+lei+e+recuperacao+judicial+O+que+vem+ por+ai]. Acesso em: 30.10.2018.

5 Já identificados anteriormente: “um processo concursal voltado a resultados práticos de preservação das unidades produtivas, salvaguarda dos direitos dos credores e eficiente” (VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 110).

6 Em que pese a ação incidental veicular demanda inserida no âmbito de outro processo (no caso, a falência ou a recuperação judicial), com este ela não se confunde. Afinal, a ação incidental veicula pretensão de direito material, capaz inclusive de formar coisa julgada material. Em razão dessa independência em relação ao processo principal (ao menos no que tange à pretensão veiculada) é que se possibilita que o processo principal corra perante o Poder Judiciário, ao passo que a demanda incidental correrá em juízo arbitral. Nesse sentido: VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 236-240.

7 TJSP, AI 531.020-4/3-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, DJ 25.08.2008.

8 “Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente; IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial; IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados. § 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado. § 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do caput deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica. § 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes”.

9 LAZZARINI, Alexandre Alves. A recuperação judicial de empresas: alguns problemas na sua execução. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 36, p. 93-106, abr.-jun. 2007.

10 Idem.

11 INSTITUTO RECUPERA BRASIL. *Eficiência da administração judicial para a transparência do processo de recuperação judicial*. São Paulo, 2017.

12 E, por consequência, nas teorias econômicas do Direito. Afinal, “no caso específico da relação entre a Economia e o Direito, é o fato de que o Direito tem a tendência de se lastrear no raciocínio econômico, tudo isso na busca de maior *previsibilidade* e diminuição dos *custos de transação*. Quando os indivíduos intercambiam direitos de propriedade por ativos econômicos, incorrem em certos custos de informação, negociação e execução dos seus contratos. Não é à toa que tais custos ocupam posição central na análise jurídica” (VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 112).

13 AKERLOF, George. The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.

14 No original: "The individuals in this market buy a new automobile without knowing whether the car they buy will be good or a lemon. But they do know that with probability q it is a good car and with probability $(1 - q)$ it is a lemon; by assumption, q is the proportion of good cars produced and $(1 - q)$ is the proportion of lemons. After owning a specific car, however, for a length of time, the car owner can form a good idea of the quality of this machine; i.e., the owner assigns a new probability to the event that his car is a lemon. This estimate is more accurate than the original estimate. An asymmetry in available information has developed: for the sellers now have more knowledge about the quality of a car than the buyers. But good cars and bad cars must still sell at the same price – since it is impossible for a buyer to tell the difference between a good car and a bad car. It is apparent that a used car cannot have the same valuation as a new car – if it did have the same valuation, it would clearly be advantageous to trade a lemon at the price of new car, and buy another new car, at a higher probability q of being good and a lower probability of being bad. Thus the owner of a good machine must be locked in. Not only is it true that he cannot receive the true value of his car, but he cannot even obtain the expected value of a new car" (AKERLOF, George. The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970).

15 "The market problems caused by asymmetric information in this case lead to what might be called a dissipative externality, which occurs when the information problems lead to costs being imposed on some people without anyone else gaining as a result" (HILLIER, Brian. *The economics of asymmetric information*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 1997. p. 16).

16 "The rules governing control transactions need also to deal with the coordination problems of the target shareholders. In particular, the acquirer may seek to induce dispersed shareholders of the target to accept an offer which is less than optimal. There are a number of ways in which this can be done, but in essence they rely on information asymmetry, undue pressure to accept the bid, or unequal treatment of the target's shareholders. Where the target company is controlled by a blockholder, the same problem arises for the remaining shareholders, possibly as against acquirer and controlling shareholder combined" (KRAAKMAN, Reinier et al. *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 208-209).

17 "Evidence provides only limited support for the view that private debt mitigates the contracting costs associated with adverse selection. Although firms operating under a greater degree of information asymmetry rely more on private debt, we do not find any evidence that firms with favorable private information about their value, i.e., firms that bear the cost of adverse selection, choose more private debt. However, those firms with favorable information about their value that are also subject to a high degree of information asymmetry rely more on private debt" (KRISHNASWAMI, Sudha; SPINDT, Paul A.; SUBRAMANIAM, Venkat. Information asymmetry, monitoring, and the placement structure of corporate debt. *Journal of Financial Economics*, v. 51, p. 407-434, 1999).

18 "When considering only debt overhang, policies that target an increase in investment is unambiguously beneficial to all agents and increase firm value. However, if the secondary asset market suffers from information asymmetry, increasing investment may decrease the informational value of debt overhang. Because firms with higher asset quality in bankruptcy retain a larger fraction of assets to signal their quality to secondary asset buyers who are better at managing those firm assets, higher quality assets actually have less liquidity and do not realize the full gains from trade. However, prior to bankruptcy, equity decides whether a firm invests in a new project. Thus, for firms to invest in new projects, equity must expect a positive return. Therefore, in bankruptcy, secondary asset market buyers can indirectly infer a range of firm quality based on their investment decisions prior to default, giving rise to the information channel of debt overhang" (CHAROENWONG, Ben; DOH, Hyunsoo; WANG, Yiyao. Debt overhang and asymmetric information in the secondary market. *SSRN Electronic Journal*, jan. 2017).

19 Exemplarmente: RATHMELL, Andrew et al. *Engaging the board: corporate governance and information assurance*. Santa Monica: Rand, 2004. passim.

20 Segundo Alexandre Alves Lazzarini, "parece relevante que o elaborador do plano de recuperação atente-se não só a buscar uma proposta de pagamento, mas uma reestruturação da empresa onde se dê clareza à sua administração, seguindo os princípios daquilo que se passou a denominar de *governança corporativa*, que impõe a necessidade de utilização de instrumentos interdisciplinares (econômicos, administrativos e jurídicos, por exemplo)"; a transparência, portanto, "deve ser observada não somente no momento do pedido de recuperação judicial, mas, também, na própria

concepção do plano apresentado, de modo a evitar circunstâncias depreciativas para o próprio plano" (A recuperação judicial de empresas: alguns problemas na sua execução. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 36, p. 93-106, abr.-jun. 2007).

21 "O acesso a informações confiáveis e acessíveis servirá para nortear a conduta e as decisões levadas a cabo por todos os sujeitos do processo de recuperação judicial (dentro ou fora dele). Isso porque somente de posse de informações amplas sobre a gestão e situação econômico-financeira da empresa, bem como valendo-se de um foro coletivo prévio de debate e deliberação, poderão os sujeitos do processo efetivamente dispor de meios aptos à tomada da decisão que se mostrar mais adequada para o caso concreto" (VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 72). A doutrina estrangeira também aponta nesse sentido: "Bankruptcy costs are of several different types. There are direct costs for the administration of the firm through the proceedings and indirect costs from damages incurred to the business when filing. Another set of costs stems from ex-post inefficiencies in the redeployment of the firm's assets as well as ex-ante inefficiencies in managers' investment decisions. A transparent bankruptcy code reduces the uncertainty about the outcome of the procedure. Creditors can better predict their recovery if debt contracts are strictly enforced. When transparency reduces the uncertainty related to default, the availability of capital ex-ante increases" (OXELHEIM, Lars. *Corporate and institutional transparency for economic growth in Europe*. Oxford: Elsevier, 2006. p. 155).

22 Cite-se, a título ilustrativo, o caso da Enron Corporation, companhia de energia norte-americana que decretou falência em 2001. A empresa foi pivô de inúmeras fraudes contábeis que buscaram ocultar dívidas bilionárias. Entre as condutas da empresa se verificaram a adulteração de seus balanços, o aumento artificial de seus lucros e, aliada a essas práticas, a sistemática negativa de apresentar documentos e informações contundentes quando solicitados. O caso é narrado com detalhes no documentário "Enron: the smartest guys in the room", dirigido por Alex Gibney.

23 Nesse trecho, adota-se integralmente a distinção feita por Calixto Salomão Filho (Breves notas sobre transparência e publicidade na arbitragem societária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 52, p. 63-69, jan.-mar. 2017).

24 SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves notas sobre transparência e publicidade na arbitragem societária. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 52, p. 63-69, jan.-mar. 2017.

25 MOTTA, Fabrício. Publicidade e transparência são conceitos complementares. *Consultor Jurídico*, 01 fev. 2018. Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-fev-01/interesse-publico-publicidade-transparencia-sao-conceitos-complementares]. Acesso em: 05.11.2018.

26 Mandamentos de otimização, que devem ser realizados na maior medida possível, se aproximam da definição de princípios jurídicos formulada por Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011). Contrapõe-se aos princípios a noção de regras, que são realizadas *prima facie*: ou são obedecidas ou são ignoradas, sem gradação ou meio-termo. O grau de compreensão de uma informação pública parece se aproximar mais da noção de mandado de otimização – até porque não se vislumbra razão para que determinada informação deva obrigatoriamente ser pública, mas que seja permitido torná-la ilegível ou incompreensível. Da mesma forma, restringir as informações que devem ser públicas só pode ser feito a partir de outras normas jurídicas que decorrem de restrição ao princípio da proporcionalidade – não havendo restrição, as informações deveriam ser públicas em sua integralidade.

27 VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Consensualidade no processo concursal. *A Insolvência*, São Paulo, v. 1, p. 78-79, 2018.

28 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 247.

29 "O antigo diploma normativo de 1945, calcado na figura do comerciante individual e inegavelmente meritório para a época em que foi editado, se mostrava inteiramente anacrônico para a realidade econômica atual, a qual atribuiu papel preponderante para a empresa. A maior prova da inadequação do instituto falimentar podia ser traduzida no fato de a experiência da economia moderna permitir colher o testemunho de quando a falência atingia uma grande empresa, todos se convenciam (credores, Governo e a coletividade em geral) de que a pior solução para o caso seria a própria falência. O consenso indicava que, instaurando-se a falência, todos os valores sociais e interesses econômicos estariam definitivamente perdidos. Todas essas razões levaram à conclusão de que uma

nova lei falimentar traria muitos benefícios à sociedade brasileira” (VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008., p. 58-59).

30 “De qualquer forma, é necessário agora examinar com espírito científico a Lei, despido de qualquer preconceito, para, mesmo após essas críticas, tirar de seus artigos aquilo que de melhor neles exista para o fim pretendido de recuperação das empresas em crise, de um lado, e, de outro, para a falência da empresa cuja situação econômico-financeira demonstre ser este o caminho a seguir, para que não se mantenha no meio empresarial, contaminando-o e colocando em risco sua eficiência e seu crescimento, qualidades por todos nós desejadas. Esse incremento da atividade empresarial no País é o melhor, senão o único meio de tentar encaminhar solução para o mais dramático problema social de nossos dias, a praga terrível e humilhante do desemprego” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 69-70).

31 Sobre o tema: VASCONCELOS, Ronaldo. A mediação na recuperação judicial: compatibilidade entre as leis. In: CEREZETTI, Sheila Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 451-467.

32 “‘Criação de valor’ designa um tipo de negociação no qual as partes buscariam aumentar o valor para ambas antes de dividir o valor entre elas. O método para esse tipo de negociação foi desenvolvido principalmente pelo Projeto de Negociação de Harvard. Antes da identificação desse método, a literatura sobre negociação em geral limitava-se a táticas para conseguir uma parte maior do todo que estava sendo negociado. O Projeto de Negociação de Harvard pôs grande foco nesse método, mas não o inventou: grandes negociadores de todos os tempos sabiam que a criação de valor, e não só a divisão de valor, é importante em uma negociação. Esse método tem vários nomes, entre eles ‘negociação baseada em princípios’” (SIOUF FILHO, Alfred Habib. *Negociação para resolução de controvérsias*. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito*. São Paulo: Método, 2012. p. 88).

33 As duas meninas queriam, cada uma, a laranja inteira para si, e decidiram por dividi-la ao meio. Todavia, uma delas utilizou a casca de sua metade da laranja para fazer um doce, e jogou a polpa fora. A outra utilizou a polpa de sua metade para fazer suco e jogou a casca fora. Se a negociação tivesse se realizado com base nos interesses das partes (fazer um suco e um doce), e não em suas posições (“preciso da laranja!”), o resultado poderia ter sido melhor para ambas.

34 “O perigo de que a barganha posicional impeça uma negociação foi bem ilustrado pela interrupção das conversações, na gestão do Presidente Kennedy, sobre uma suspensão abrangente dos testes nucleares. Surgiu ali uma questão crítica: Quantas inspeções locais por ano dever-se-ia permitir que a União Soviética e os Estados Unidos fizessem no território um do outro para investigar eventos sísmicos suspeitos? A União Soviética concordou, finalmente, com três inspeções. Os Estados Unidos insistiam num mínimo de dez. E ali as conversações se interromperam – na discussão das posições –, apesar do fato de ninguém compreender se uma ‘inspeção’ envolveria um exame a ser feito por uma pessoa num só dia, ou uma centena de pessoas vasculhando tudo indiscriminadamente durante um mês. As partes haviam-se empenhado pouco em conceber uma técnica de inspeção que conciliasse o interesse dos Estados Unidos pela verificação com o desejo de ambos os países por um mínimo de intromissão” (FISHER, Roger; Ury, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. 23).

35 “Deve-se reservar um tempo na negociação para pensar em uma vasta gama de soluções possíveis que promovam os interesses comuns e conciliem criativamente os interesses divergentes. Para inventar opções criativas (*brainstorming*), é preciso: (i) separar o ato de inventar opções do ato de julgá-las; (ii) ampliar as opções sobre a mesa, em vez de buscar uma resposta única; (iii) buscar benefícios mútuos; (iv) inventar meios de facilitar as decisões dos outros” (GABBAY, Daniela Monteiro. *Negociação*. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (Coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 217).

36 “O principal fundamento da justiça conciliativa é a *pacificação*. No processo judicial e na arbitragem, em que a decisão é imposta, a pacificação pode até existir no plano social (pois o conflito foi dirimido em face da sociedade), mas certamente não existe para as partes. No chamado *perde-ganha* sempre haverá uma parte insatisfeita (quando não as duas, como acontece na sucumbência recíproca). E isto é evidenciado por todas as manobras das partes com a utilização dos recursos e dos meios de impugnação, bem como na resistência ao cumprimento da sentença. Além disso, mesmo na pacificação social, apenas uma parte do conflito – a parte levada ao processo judicial – é solucionada, restando à sua base o conflito sociológico, do qual a ‘lide’ é apenas a ponta do *iceberg*” (GRINOVER, Ada Pellegrini.

Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 3).

37 "O devido processo legal, assim entendido como o *princípio de convergência* dos demais princípios constitucionais do processo, costuma ser aproveitado pela doutrina como indicativo da busca a um processo justo, especialmente quando se trata de sua feição eminentemente 'processual'" (VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 42).

38 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Ed. RT, 2009. passim.

39 "A propósito, por dever de esclarecimento temos de entender 'o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo'. Por dever de prevenção, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos 'ser frustrado pelo uso inadequado do processo'. Por dever de consulta, o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser imprimido à causa. Por dever de auxílio, 'o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais'" (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 76).

40 "[...] mesmo quando se trata de matéria de ordem pública, sujeita a exame de ofício pelo tribunal, inclusive matéria estritamente de direito, as garantias do contraditório e do devido processo legal, entendidas em seu correto e devido significado, impõem a sua prévia submissão a debate pelas partes, como evidencia a doutrina mais atenta à proteção dos direitos fundamentais dos litigantes" (MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada "decisão-surpresa". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 109, p. 389-414, jan.-dez. 2014).

41 "Com efeito, a razão da necessidade de motivar pode ter dois enfoques distintos. A mais antiga atém-se a razões exclusivamente técnicas, endoprocessuais, restritas às partes, às quais se assegura o direito de conhecer as razões da decisão, para, adequadamente, impugná-la; e aos órgãos de segundo grau, para dar-lhes meios de controlar a justiça e legalidade das decisões submetidas à sua revisão" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 34).

42 "En otros términos, esto implica que los destinatarios de la motivación no son solamente las partes, sus abogados y el juez de la impugnación, sino también la opinión pública entendida en su conjunto, en tanto opinión de quique de populo. La connotación política de este desplazamiento de perspectiva es evidente: la óptica 'privatista' del control ejercido por las partes y la óptica 'burocrática' del control ejercido por el juez superior se integran en la óptica 'democrática' del control que debe poder ejercerse por el propio pueblo en cuyo nombre la sentencia se pronuncia" (TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. p. 355).

43 "A publicidade do processo constitui um imperativo de conotação política, introduzido, nos textos constitucionais contemporâneos, pela ideologia liberal, como verdadeiro instrumento de controle da atividade dos órgãos jurisdicionais" (TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC – análise e proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 190, p. 257-269, dez. 2010).

44 "De la superación de ese principio se desprende que la motivación no puede concebirse solamente como un trámite de control 'institucional' (o sea en los límites y en las formas reglamentadas por el sistema de impugnaciones vigente), pero también, especialmente, como un instrumento destinado a permitir un control 'generalizado' y 'difuso' del modo en el que el juez administra la justicia [...] La connotación política de este desplazamiento de perspectiva es evidente: la óptica 'privatista' del control ejercido por las partes y la óptica 'burocrática' del control ejercido por el juez superior se integran en la óptica 'democrática' del control que debe poder ejercerse por el propio pueblo en cuyo nombre la sentencia se pronuncia" (TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 355-356).

45 "Destaque deve ser dado, de outra banda, à função educativa associada à imposição de publicidade dos atos processuais, permitindo 'a divulgação de ideias, incentivo ao interesse pela justiça e à elevação da confiança das pessoas no Poder Judiciário'" (REICHEL, Luis Alberto. A exigência de

publicidade dos atos processuais na perspectiva do direito ao processo justo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 234, p. 77-97, ago. 2014).

46 “Se por um lado cumpre à motivação demonstrar a racionalidade dos julgamentos e sua conformidade ao diálogo travado, à publicidade incumbe, por outro lado, a tarefa de transparecer, interna e externamente, a lisura dos atos realizados em atividade jurisdicional. Desta forma, tanto a motivação quanto a publicidade são garantias que estabelecem entre si relação de complementaridade, de instrumentalidade recíproca, proporcionando ao processo sua necessária feição democrática. [...] O dever de fundamentação e o direito à publicidade, portanto, respondem à mesma exigência política, qual seja a de instaurar uma relação direta entre a administração da justiça e o ambiente social” (SILVEIRA, Daniela Gonsalves da. Direito ao contraditório, dever de fundamentação e direito à publicidade no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 248, p. 69-87, out. 2015).

47 Assim também entende José Rogério Cruz e Tucci: “Daí, porque, a exemplo da publicidade dos atos processuais, o dever de motivação dos atos decisórios vem catalogado entre as garantias estabelecidas nas Constituições democráticas com a primordial finalidade de assegurar a transparência das relações dos jurisdicionados perante o poder estatal e, em particular, nas circunstâncias em que é exigida a prestação jurisdicional” (Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC – análise e proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 190, p. 257-269, dez. 2010).

48 “De outro lado, é de se dizer que “a negativa de atendimento à exigência de publicidade dos atos processuais é causa para a decretação das correspondentes nulidades do ato e da decisão judicial nos casos em que se impunha assegurar que terceiros, ainda que não afetados pela decisão judicial, tivessem a possibilidade de controlar o respeito à regularidade do exercício da jurisdição, que, por sua vez, funciona como indício da qualidade do debate processual” (REICHELTL, Luis Alberto. A exigência de publicidade dos atos processuais na perspectiva do direito ao processo justo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 234, p. 77-97, ago. 2014).

49 Luis Alberto Reichelt aponta duas perspectivas distintas de análise da restrição à publicidade processual: “De um lado, vê-se o legislador lançando mão de um rol casuístico, estabelecendo a tramitação de processos em segredo de justiça nas demandas que digam respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores. A listagem proposta pelo legislador é interpretada pela doutrina como sendo inspirada na preocupação com a proteção da intimidade, razão que é aceita pela Constituição Federal como causa para o afastamento da exigência geral de publicidade dos atos processuais. O impacto do texto constitucional sobre o texto legal recepcionado faz com que essa listagem seja vista como um elenco meramente exemplificativo de hipóteses nas quais a proteção da intimidade justificaria a tramitação do processo em segredo de justiça pela doutrina e pela jurisprudência [...] Ao lado dessa regra excepcional, há, ainda, no art. 155 do CPC, uma cláusula geral que impõe seja mitigada a exigência de publicidade dos atos processuais em função da presença de interesse público. Por mais que o conceito de interesse público seja aberto, não se há de imaginar que exista qualquer margem de discricionariedade associada ao magistrado em tal circunstância, sendo imperiosa a restrição à publicidade dos atos processuais nos casos em que outras medidas menos gravosas não sejam capazes de permitir a obtenção de resultado análogo ao desejado pela norma jurídica em questão” (A exigência de publicidade dos atos processuais na perspectiva do direito ao processo justo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 234, p. 77-97, ago. 2014).

50 VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Arbitragem e insolvência. In: VASCONCELOS, Ronaldo et al. (Coord.). *Análise prática das câmaras arbitrais e da arbitragem no Brasil*. No prelo 2018.

51 “Nessa senda, o procedimento arbitral deve se adequar aos *sujeitos* do processo concursal, observando a todo momento a isonomia entre as partes e o tratamento (em regra) igual entre os credores. Deve, igualmente, adequar-se ao *objeto* do processo, sem olvidar da heterogeneidade que lhe é peculiar: créditos de diversas naturezas, questões incidentais dos mais variados ramos do direito, tudo repleto de interpenetrações que demandam do julgador (juiz togado ou árbitro) uma visão multifacetada do fenômeno da insolvência. E, ao final, deve a arbitragem se adequar também aos *fins* do processo concursal, mediante exames de proporcionalidade entre a escolha pela via arbitral e as consequências para os objetivos da Lei n. 11.101/2005” (VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Arbitragem e insolvência. In: VASCONCELOS, Ronaldo et al. (Coord.). *Análise prática das câmaras arbitrais e da arbitragem no Brasil*. No prelo 2018).

52 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 64.

53 Sobre o tema: MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

54 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 30.

55 Esse trinômio de vantagens – flexibilidade, especialização e confidencialidade – já foi o utilizado em oportunidade anterior para o estudo da arbitragem: CARNAÚBA, César Augusto Martins. Adequação da arbitragem aos litígios envolvendo o Poder Público. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 7-27, abr./jun. 2018. No mesmo momento, contudo, transcreveu-se também o rol feito por Antônio Menezes Cordeiro: “A instituição arbitral: (a) permite uma decisão por especialistas; (b) é mais rápida do que a Justiça do Estado; (c) torna-se mais barata: muito mais, para causas de valor elevado; (d) desagrava os tribunais do Estado; (e) faculta processos e decisões confidenciais; (f) é menos sensível a certos expedientes dilatórios; (g) obtém o concurso dos melhores e mais experientes advogados; (h) vai, mais facilmente, ao fundo das questões, em detrimento de soluções puramente formais; (i) admite depoimentos, documentos e, em geral, uma condução de trabalhos em língua estrangeira, sem necessidade de traduções e sem quebra de imediação; (j) lida mais facilmente com leis estrangeiras; (k) dá margem a que as partes contribuam para a escolha das pessoas que irão compor o tribunal; (l) assegura a confidencialidade do litígio e do que se revele no seu âmbito” (*Tratado da arbitragem: comentário à Lei n. 63/2011, de 14 de dezembro*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 19).

56 “Fartei-me de explicar aos estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ano após ano, que era preciso desdobrar o curso em duas metades, quase inteiramente distintas: uma delas, para ensinar as disposições do direito vigente, desde a edição do Decreto-Lei 7.661, de 1945; a outra, para expor as tendências do direito falimentar contemporâneo, no plano do direito comparado [...] Escusava dizer que as deficiências do velho Decreto-Lei 7.661, de 1945, não decorriam de falhas técnicas existentes em seu texto, mas sim de sua inafastável obsolescência” (LUCCA, Newton de; DEZEM, Renata Mora Maciel. Dez anos de vigência da Lei 11.101/2005. Há motivos para comemorar? In: CEREZETTI, Sheila Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 82-102).

57 No mesmo sentido: “Não por outro motivo, afirmou-se, ainda em 2009, que, se bem compreendida a referida ruptura e os seus efeitos, a LRE poderia ser aplicada de forma a que deixássemos de falar no famoso e pernicioso movimento pendular das legislações concursais, como bem cunhado por Fabio K. Comparato” (CEREZETTI, Sheila Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. Fotografias de uma década da Lei de Recuperação e Falência. In: CEREZETTI, Sheila Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 15-37).

58 “Independentemente do grau e da origem da crise, certo é que a empresa e os interesses nela envolvidos não se restringem apenas aos dos trabalhadores e aos do Estado, embora sejam eles os mais evidentes. As modificações ocorridas no seio da empresa, agora considerada como instituto, fizeram emergir outros interesses. Tudo isso porque a crise não diz respeito apenas ao empresário, mas também aos outros agentes que nela se encontram envolvidos (trabalhadores, fornecedores, Governo e a sociedade em geral)” (VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 51).

59 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005* comentada artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 144, comentários ao artigo 47.

60 Os termos “confidencialidade” e “sigilo” são aqui usados indistintamente, na esteira da posição de José Emílio Nunes Pinto: “Discute-se muito se a palavra ‘confidencialidade’ existe realmente em nossa língua ou se apenas o adjetivo ‘confidencial’ seria reconhecido pelos dicionários de nosso idioma. Muitos sugerem que a palavra correta é ‘sigilo’. No entanto, como a língua se desenvolve e evolui pelos que a falam e do modo que a falam, certo é que não cedi à tentação de usar ‘sigilo’, preferindo manter, em seu lugar, ‘confidencialidade’, até porque o recente Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa registra a entrada. Portanto, sinto-me absolutamente à vontade para usar ‘confidencialidade’ no título, muito embora me permita a utilizar as duas palavras de forma intercambiável” (A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, p. 25-36, jul.-set. 2005).

61 MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado da arbitragem*: comentário à Lei n. 63/2011, de 14 de dezembro. Coimbra: Almedina, 2016. p. 63.

62 “Por séculos se considerou que a confidencialidade era um traço característico da arbitragem em oposição ao sistema aberto de livre acesso aos procedimentos judiciais. Não só no Brasil, mas em todos os países em que a arbitragem foi adotada pelo sistema legal, seja nos de direito codificado, seja nos países da *common law*, sempre se afirmou, como vantagens comparativas da arbitragem em face do Poder Judiciário, a celeridade, a especialização dos árbitros e a ‘confidencialidade’. Em outras palavras, sempre se admitiu como cristalizada e uma espécie de dogma ou mito a existência de um dever legal de sigilo por parte dos participantes ou intervenientes no procedimento arbitral” (PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, p. 25-36, jul.-set. 2005).

63 “[A] confidencialidade é outro argumento importante a favor da arbitragem, para evitar o conhecimento público dos litígios existentes, num mundo em que a imprensa econômica se desenvolveu e acompanha todas as operações das empresas” (WALD, Arnaldo. A crise e a arbitragem no direito societário e bancário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 20, p. 9-24, jan.-mar. 2009).

64 “One of the fundamental principles – and one of the major advantages – of international arbitration is that it is confidential” (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 612).

65 “De nossa parte, consideramos que a Lei de Arbitragem brasileira, no art. 13, § 6.º, impõe aos árbitros o dever de confidencialidade. A confidencialidade em relação ao árbitro, no nosso ordenamento jurídico, possui como fonte a própria lei, dispensando, assim, previsão na convenção de arbitragem, no termo de arbitragem ou no regulamento da instituição arbitral administradora. Esse dever de origem legal, ressalte-se, possui ampla abrangência, englobando a confidencialidade quanto à existência da arbitragem, quanto às informações obtidas (inclusive durante a audiência arbitral), quanto aos documentos apresentados, quantos às provas produzidas, bem como, evidentemente, quanto às decisões arbitrais. Consideramos, ademais, que esse dever de confidencialidade legalmente imposto aos árbitros se estende, inclusive, ao período pós-arbitragem, pois o julgador não poderá se utilizar das informações colhidas durante a arbitragem em atividades diversas dela, muito menos em benefício próprio ou de terceiros, salvo se autorizado por todas as partes” (FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 49, p. 227-285, jan.-mar. 2012).

66 “É natural que o árbitro deva comportar-se de conformidade com o ambiente discreto em que atua, furtando-se a comentar os atos praticados durante o processo arbitral. Este comportamento discreto do árbitro é tão importante que podem as partes exigir dele verdadeiro segredo, de sorte que façam constar no compromisso arbitral obrigação de não fazer (ou seja, de não revelar os atos e fatos ligados à arbitragem). O árbitro que violar tal obrigação responderá por perdas e danos” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n. 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 246). Mais adiante, o mesmo autor ressalta que “uma coisa é a sobriedade do árbitro, de quem se espera comportamento discreto; outra, bem diversa, é o sigilo” (idem).

67 LEE, João Bosco. O princípio da confidencialidade na arbitragem comercial internacional. In: LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. *Estudos de arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008; LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 21, p. 387-407, jul.-set. 2003.

68 E o respeito à autonomia da vontade das partes já se faz presente mesmo no processo judicial – com mais razão, portanto, deve ser aplicável à arbitragem. Sobre o tema: DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015 (Coleção Grandes Temas do novo CPC, v. 1). p. 19-26.

69 “A nosso ver, a confidencialidade não é inerente à arbitragem, pois não se pode falar, em abstrato, em imposição da confidencialidade ou seu afastamento, sem considerar as circunstâncias concretas de cada caso, que modulam a aplicação da boa-fé objetiva (arts. 113 c/c 111 do CC/2002) e, de resto, do direito civil, inclusive nas relações contratuais. Nada impede, portanto, que, diante de determinado caso concreto, o intérprete jurídico – como, por exemplo, o intérprete autêntico, o árbitro – analise se determinada arbitragem deve ser mantida sob o manto da confidencialidade, e conclua por fim, por afastá-la ou mesmo impô-la, ainda que à míngua de previsão contratual vigente e expressa ou, ainda,

de disposição legal específica” (BASILIO, Ana Tereza; LINS, Thiago. A relativização da confidencialidade na arbitragem; companhias abertas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 49, p. 157-172, abr.-jun. 2016).

70 “A posição mais adequada – desenvolvida pelos tribunais ingleses – reconhece que as partes ordinariamente desejam um processo privado e confidencial, ainda que o rigor da regra seja mitigado por uma série casuística de exceções. A presunção em favor da confidencialidade está de acordo com as expectativas da maioria dos usuários da arbitragem. Ela retrata a percepção típica, reduzindo, assim, custos de contratação e eventuais surpresas. A confidencialidade deve ser tida, por isso, como um termo implícito da cláusula compromissória” (COSTA, Guilherme Recena. Integração contratual, confidencialidade na arbitragem e segredo de justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 48, p. 69-89, jan.-mar. 2016).

71 PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, p. 25-36, jul.-set. 2005.

72 O inciso IV do artigo 189 determina que tramitam em segredo de justiça também os processos que versem sobre arbitragem. Todavia, assim se dará desde que “a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”. Essa redação, contudo, não é suficiente para responder à questão da existência de uma confidencialidade implícita. À primeira vista, o legislador parece rechaçar essa hipótese, vez que exige a comprovação da confidencialidade. Todavia, essa comprovação serve para que o *processo judicial tramite em segredo de justiça*, e não para que o *processo arbitral seja confidencial*. É plenamente possível que a arbitragem corra de forma sigilosa, enquanto um processo judicial que verse sobre eventual nulidade da cláusula compromissória seja público.