

REVISTA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

R Arb

ANO 17 • 66 • JULHO-SETEMBRO • 2020

FUNDADOR:
ARNOLDO WALD

DIRETOR:
GIOVANNI ETTORE NANNI

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™



REVISTA DE
**ARBITRAGEM
E MEDIAÇÃO**

Ano 17 • vol. 66 • jul.-set./2020

REVISTA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

Ano 17 • vol. 66 • jul.-set./2020

Fundador

ARNOLDO WALD

Diretor

GIOVANNI ETTORE NANNI

CONSELHO EDITORIAL

Arnoldo Wald Filho, Cláudio Finkelstein, Jairo Saddi, José Augusto Fontoura Costa,
Marina Gaensly Blattner, Paulo Henrique dos Santos Lucon

CONSELHO INTERNACIONAL

Alejandro Garro, Alexis Mourre, Arif Ali, Bernard Hanotiau, Bernardo M. Cremades, Carlos Ignacio Suárez Anzorena,
Christopher Seppälä, Claus von Wobeser, Diego Corapi, Eduardo Silva Romero, Fabien Gélinas, Fernando
Mantilla-Serrano, Giovanni Iudica, Horacio A. Grigera Naon, Jean Kalicki, José-Miguel Júdece, Julie Bédard,
Karl-Heinz Böckstiegel, Keith Rosenn, Klaus Sachs, Laurent Levy, Lawrence Schaner, Luca Radicati di Brozolo,
Nigel Blackaby, Paul Friedland, Robert Smit, Thomas Clay, Yves Derains

CONSELHO DE REDAÇÃO

Ada Pellegrini Grinover (*in memoriam*), Alessandra Bonilha, Carlos Alberto Carmona, Diogo L. Machado de Melo,
Eduardo Arruda Alvim, Francisco José Cahali, Francisco Rezek, Gilberto Giusti, Gilberto Ildelfonso Ferreira Conti,
Gustavo Mendes Tepedino, Horacio Bernardes Neto, José Carlos de Magalhães, José Emilio Nunes Pinto,
José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, Lauro Gama Jr., Luciano Benetti Timm, Luiz Fernando de Almeida Guilherme,
Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Luiz Olavo Baptista, Marcos Rolim F. Fontes, Mário Sérgio Duarte Garcia,
Pedro Batista Martins, Raquel Elita Alves Preto, Selma Maria Ferreira Lemes, Tercio Sampaio Ferraz Jr.

ISSN 1679-6462

REVISTA DE
**ARBITRAGEM
E MEDIAÇÃO**

Ano 17 • vol. 66 • jul.-set./2020

Fundador

ARNOLDO WALD

Diretor

GIOVANNI ETTORE NANNI

Publicação Oficial do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

ISSN 1679-6462

REVISTA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

Ano 17 • vol. 66 • jul.-set./2020

Fundador

ARNOLDO WALD

Diretor

GIOVANNI ETTORE NANNI

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO

Diretora responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia
CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sacrt@thomsonreuters.com

e-mail para submissão de originais
aval.artigo@thomsonreuters.com

Conheça mais sobre Thomson Reuters
www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso *eComm*
www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [09-2020]
Profissional

Fechamento desta edição: [21.07.2020]



REVISTA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

Ano 17 • vol. 66 • jul.-set./2020

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

Produção Editorial

Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thais Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfourri

Estagiárias: Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Linotec

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

APRESENTAÇÃO

O ano de 2020 está sendo marcado pela rápida disseminação do novo Coronavírus, que trouxe tristes e relevantes impactos sociais e econômicos para os mais diversos setores da sociedade e do mercado. Em curto período, fronteiras foram fechadas, eventos públicos cancelados, atividades econômicas precisaram ser paralisadas e muitos países já dão indícios de recessão.

O Brasil é hoje um dos países mais afetados pela pandemia e, com o isolamento social sendo a medida mais eficaz para frear a propagação da COVID-19, empresas foram forçadas a reestruturar suas operações e a reinventar o modo pelo qual exercem atividades corriqueiras. O cenário não é distinto no ramo de solução de disputas.

Ao longo do mês de março de 2020, os principais centros de arbitragem do Brasil expediram resoluções com o intuito de mitigar as consequências oriundas da pandemia da COVID-19 nos procedimentos arbitrais – novos ou em curso.

O Poder Judiciário também adotou medidas semelhantes a fim de viabilizar o uso de métodos adequados de solução de conflitos nesse período, a exemplo do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que expediu diretrizes excepcionais para o emprego de mediação e conciliação em conflitos individuais e coletivos por meio da Recomendação CSJT.GVP nº 01, de 25 de março de 2020.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em seu turno, lançou um projeto-piloto de conciliação e mediação para disputas empresariais decorrentes dos efeitos da COVID-19.

A íntegra das medidas adotadas está na seção de abertura do Volume 66 da *Revista de Arbitragem e Mediação*, dedicada a Legislação e Regulamentos, que também inclui o texto da 1ª minuta do Código de Conduta para Adjudicadores em Disputas de Investimento, elaborado em conjunto pelos secretariados do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (“ICSID”) e da *United Nations Commission on International Trade Law* (“UNCITRAL”), e do Provimento nº 196/2020 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Na seção de Doutrina Nacional, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, juntamente com Rodrigo Fux, apresentam artigo que avalia a vinculação do árbitro aos precedentes judiciais, bem assim os efeitos e os

possíveis remédios para eventual sentença arbitral que sobrevenha em desconformidade com referidos julgados.

Já André Luis Monteiro e Marco Antonio Rodrigues, na seara da arbitragem e administração pública, estudam a arbitrabilidade das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos.

Ainda na temática da arbitragem e administração pública, André Luiz dos Santos Nakamura contribui com artigo sobre o uso de mediação e arbitragem nos processos de desapropriação por meio da Lei nº 13.867/2019.

Completando a seção de Doutrina Nacional, Paula Akemi analisa como o Superior Tribunal de Justiça tem abordado a alegação de violação do dever de revelação e ausência da independência e imparcialidade como ofensa à ordem pública em sede de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras.

Nossa seção destinada à Mediação e Outros Métodos traz textos de Vivien Lys Porto Ferreira da Silva; Milena Britto Felizola e Fabio Sales Felizola; Jefferson Holliver Motta e Andreza Cristina Baggio.

Na parte dedicada à Doutrina Internacional, Francisco G. Prol avalia o emprego das Regras de Praga na organização dos procedimentos arbitrais, e Ernandes Sampaio Ramos aborda a previsão de arbitragem nos Acordos brasileiros de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACIFs).

Em Arbitragem e Poder Judiciário, Marcela Melichar Suassuna e Bernardo Vieira Klüppel Carrara comentam acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual reconheceu que o exercício da atividade de arbitragem não retira o caráter uniprofissional da sociedade de advogados.

Além disso, publicamos anotações aos julgamentos do Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 1.509.509 – SP e do Recurso Especial nº 1.818.982 – MS, preparadas pela nossa redação.

Notas sobre a 1ª minuta do Código de Conduta para Adjudicadores em Disputas de Investimento, recomendações da Câmara de Comércio Internacional (CCI) para mitigar efeitos da pandemia da COVID-19, atualidades da arbitragem doméstica e relatórios sobre recentes *webinars* também estão neste Volume 66, que se encerra com boletim atualizado de periódicos sobre arbitragem e mediação.

GIOVANNI ETTORE NANNI
genanni@nanni.adv.br

27.06.2020

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

GIOVANNI ETTORE NANNI.....	7
----------------------------	---

LEGISLAÇÃO E REGULAMENTOS

1ª minuta do Código de Conduta da ICSID e UNCITRAL para Adju- dicadores em Disputas de Investimento.....	15
<i>DRAFT TEXT – Code of conduct for adjudicators in investor-state dispute settlement</i>	
Provimento nº 196/2020 do Conselho Federal da OAB.....	21
Resolução Administrativa nº 1/2020 do Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM.....	23
Resolução Administrativa nº 40/2020 do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá.....	27
Resolução nº 1/2020 da Câmara de Mediação e Arbitragem da Fundação Getulio Vargas.....	33
Resolução nº 2/2020 da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbi- tragem CIESP/FIESP.....	35
Provimento CG nº 11/2020 do Tribunal de Justiça de São Paulo.....	39
Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Recomendação CSJT.GVP nº 01, de 25 de março de 2020.....	43

DOUTRINA NACIONAL

A) ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- Arbitragem e cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos
Arbitration and exorbitant clauses in government contracts
 ANDRÉ LUÍS MONTEIRO e MARCO ANTONIO RODRIGUES..... 51
- Considerações sobre a mediação e arbitragem à luz da nova regulamentação da desapropriação
Statement about the mediation and arbitration for the new condemnation regulation
 ANDRÉ LUIZ DOS SANTOS NAKAMURA..... 95

B) SENTENÇA ARBITRAL

- A homologação de sentença arbitral estrangeira pelo STJ e o dever de revelação
The recognition of a foreign arbitral award by STJ and the duty to disclose
 PAULA AKEMI TABA VAZ..... 117
- Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle
Arbitration and precedents: possible binding effect to the arbitrator and control mechanisms
 LUIS FELIPE SALOMÃO e RODRIGO FUX..... 139

MEDIAÇÃO E OUTROS MÉTODOS

- Do Risco Contratual à Estratégia do uso da Mediação e da Arbitragem
From Risk Agreement to strategy of the use of Mediation and Arbitration
 VIVIEN LYS PORTO FERREIRA DA SILVA..... 177

A utilização da mediação pela Administração Pública: inovações legislativas e desafios enfrentados

The use of mediation by the Public Administration: legislative innovations and challenges faced

MILENA BRITTO FELIZOLA e FABIO SALES FELIZOLA 211

Desafios da mediação diante da tutela jurisdicional

Challenges of mediation vis a vis access to justice

ANDREZA CRISTINA BAGGIO e JEFFERSON HOLLIVER MOTTA 233

DOCTRINA INTERNACIONAL

Los poderes del tribunal arbitral de conformidad con Las Reglas de Praga (de tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje internacional)

The powers of the arbitral tribunal under the Prague Rules (efficient conduction of procedures in international arbitration)

FRANCISCO G. PROL 255

The Scope of State-to-State Arbitration for the Settlement of Compensatory Claims under the Brazilian Cooperation and Facilitation Investment Agreements

O Alcance da Arbitragem entre Estados para a Resolução de Demandas Compensatórias no Âmbito dos Acordos brasileiros de Cooperação e Facilitação de Investimentos

ERNANDES SAMPAIO RAMOS 277

ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO

A) JURISPRUDÊNCIA NACIONAL COMENTADA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Sociedade uniprofissional, composta apenas de advogados, não deve recolher o ISS sobre o faturamento, mas sobre o valor anual fixo calculado de acordo com o número de profissionais integrantes da sociedade, tendo em vista seu caráter não empresarial, sendo irrelevante a atividade de arbitragem.

MARCELA MELICHAR SUASSUNA e BERNARDO VIEIRA KLÜPPEL CARRARA 313

B) JURISPRUDÊNCIA NACIONAL ANOTADA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Previsão contratual de convenção de arbitragem enseja reconhecimento da competência do juízo arbitral para dirimir questões sobre a existência, validade e eficácia da cláusula.

N.R. 331

Ausência da assinatura no documento autônomo "confirmatório" do negócio em que foi firmada a cláusula compromissória não invalida suas disposições, uma vez que indubitavelmente se refere à compra e venda firmada entre as partes, possuindo força vinculante.

N.R. 349

NOTAS

Notas preliminares à 1ª minuta do Código de Conduta para Adju-
dicadores em Disputas de Investimento

AMANDA BUENO DANTAS 367

Webinars "Impactos da COVID-19 na arbitragem" e "O Brasil no
contexto da arbitragem internacional"

ANTONIO ALBERTO RONDINA CURY 379

Atualidades da arbitragem doméstica

N.R. 385

CCI emite nota de orientação para mitigar efeitos da pandemia da
COVID-19

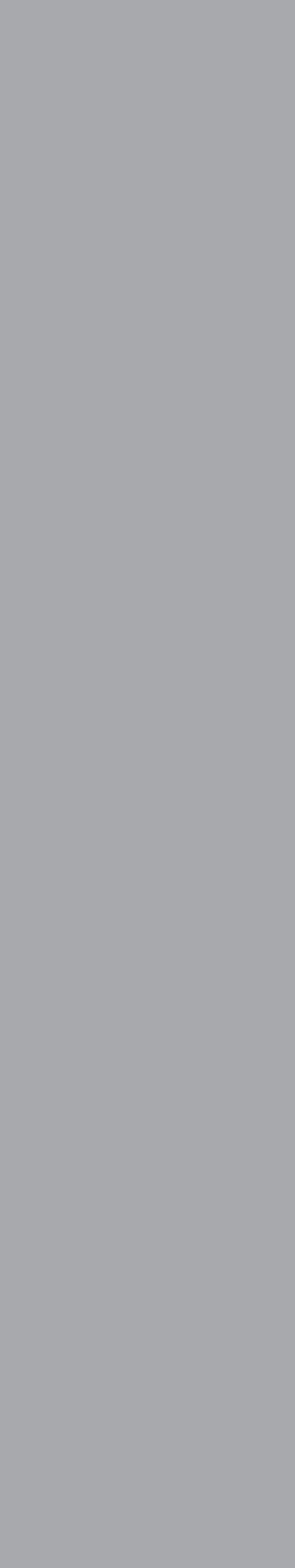
AMANDA BUENO DANTAS 387

SUMÁRIOS DE REVISTAS E BOLETINS 393

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORA INÉDITA.... 403

The background features a light gray gradient with several overlapping, semi-transparent circular shapes. These circles are filled with a fine, dense pattern of thin, parallel lines that create a textured, mesh-like appearance. The overall aesthetic is clean, modern, and technical.

Legislação e Regulamentos



1ª MINUTA DO CÓDIGO DE CONDUTA DA ICSID E UNCITRAL PARA ADJUDICADORES EM DISPUTAS DE INVESTIMENTO

DRAFT TEXT

CODE OF CONDUCT FOR ADJUDICATORS IN INVESTOR–STATE DISPUTE SETTLEMENT

ARTICLE 1 DEFINITIONS

For the purpose of this Code:

1. “Adjudicators” means arbitrators, members of international ad hoc, annulment or appeal committees, and judges on a permanent mechanism for the settlement of investor-State disputes;

2. “Assistants” means persons working under the direction and control of the adjudicators, who assist them with case-specific tasks, including research, review of documents, drafting and other relevant assignments as agreed in the proceeding;

3. “Candidates” means persons who have been proposed or contacted for selection and potential appointment as adjudicator but have not yet been confirmed in this role;

4. “Investor-State dispute settlement” (ISDS) means a mechanism to resolve disputes involving a foreign investor and a State or a Regional Economic Integration Organization (REIO), or any constituent subdivision of the State or an agency of the State or the REIO, whether arising under an investment treaty, domestic law or an agreement by the parties to the dispute.

ARTICLE 2 APPLICATION OF THE CODE

1. This Code applies to all persons serving as adjudicators in ISDS proceedings. Adjudicators shall take appropriate steps to ensure that their assistants are aware of, and comply with, the relevant provisions of this Code.

2. Candidates must comply with the relevant provisions of the Code as soon as they are contacted in relation to a possible appointment.

ARTICLE 3

Duties and Responsibilities

At all times, adjudicators shall:

- (a) Be independent and impartial, and shall avoid any direct or indirect conflicts of interest, impropriety, bias and appearance of bias;
- (b) Display the highest standards of integrity, fairness and competence;
- (c) Be available and act with diligence, civility and efficiency;
- (d) Comply with any confidentiality and non-disclosure obligations.

ARTICLE 4 INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY

1. Adjudicators shall at all times be independent and impartial.

2. In particular, adjudicators shall not:

- (a) Be influenced by self-interest, outside pressure, political considerations, public clamour, loyalty to a party to the proceedings, or fear of criticism;
- (b) Allow any past or ongoing financial, business, professional, family or social relationships to influence their conduct or judgement;
- (c) Take action that creates the impression that others are in a position to influence their conduct or judgement;
- (d) Use their position to advance any personal or private interests; or
- (e) Directly or indirectly, incur an obligation or accept a benefit that would interfere, or appear to interfere, with the performance of their duties.

ARTICLE 5

Conflicts of Interest: Disclosure Obligations

1. Candidates and adjudicators shall avoid any direct or indirect conflict of interest. They shall disclose any interest, relationship or matter that could reasonably be considered to affect their independence or impartiality. To this end, candidates and adjudicators shall make all reasonable efforts to become aware of such interests, relationships and matters.

2. Disclosures made pursuant to paragraph (1) shall include the following:

- (a) Any professional, business and other significant relationships, within the past [five] years with:
 - (i) The parties [and any subsidiaries, parent-companies or agencies related to the parties];

(ii) The parties' counsel;

(iii) Any present or past adjudicators or experts in the proceeding;

(iv) [Any third party with a direct or indirect financial interest in the outcome of the proceeding];

(b) Any direct or indirect financial interest in:

(i) The proceeding or in its outcome; and

(ii) An administrative proceeding, a domestic court proceeding or another panel or committee proceeding that involves questions that may be decided in the ISDS proceeding;

(c) All ISDS [and other [international] arbitration] cases in which the candidate or adjudicator has been or is currently involved as counsel, arbitrator, annulment committee member, expert, [conciliator and mediator]; and

(d) A list of all publications by the adjudicator or candidate [and their relevant public speeches].

3. Adjudicators shall have a continuing duty to promptly make disclosures pursuant to this article.

4. Candidates and adjudicators should err in favour of disclosure if they have any doubt as to whether a disclosure should be made. Candidates and adjudicators are not required to disclose interests, relationships or matters whose bearing on their role in the proceedings would be trivial.

ARTICLE 6

Limit on Multiple Roles

Adjudicators shall [refrain from acting]/[disclose that they act] as counsel, expert witness, judge, agent or in any other relevant role at the same time as they are [within X years of] acting on matters that involve the same parties, [the same facts] [and/or] [the same treaty].

ARTICLE 7

Integrity, Fairness and Competence

1. Adjudicators shall have the highest standards of integrity and fairness. They shall ensure that parties are treated with equality and that each party is given a reasonable opportunity of presenting its case.

2. An adjudicator shall not engage in ex parte contacts concerning the proceeding.

3. Adjudicators shall act with competence and shall take reasonable steps to maintain and enhance the knowledge, skills and qualities necessary to fulfil their duties. Candidates should only accept appointments for which they are competent.

4. Adjudicators shall not delegate their decision-making function to any other person.

ARTICLE 8

Availability, Diligence, Civility and Efficiency

1. Before accepting any appointment, adjudicators shall ensure their availability to hear the case and render all decisions in a timely manner. Upon selection, adjudicators shall be available to perform and shall perform their duties diligently and expeditiously throughout the proceeding. Adjudicators shall ensure that they dedicate the necessary time and effort to the proceeding and refuse competing obligations. They shall conduct the proceedings so as to avoid unnecessary delays.

2. [Adjudicators shall refrain from serving in more than [X] pending ISDS proceedings at the same time so as to issue timely decisions.]

3. Adjudicators shall be punctual in the exercise of their functions.

4. Adjudicators shall act with civility, respect and collegiality towards the parties and one another, and shall consider the best interests of the parties.

ARTICLE 9

Confidentiality

1. Adjudicators shall not:

(a) Disclose or use any non-public information concerning, or acquired from, a proceeding except for the purposes of that proceeding;

(b) Disclose or use any such information to gain personal advantage or advantage for others or to adversely affect the interests of others; and

(c) Disclose deliberations of an ISDS tribunal, or any view expressed by an adjudicator during the deliberations.

2. Adjudicators shall not disclose any decision, ruling or award to the parties prior to delivering it to them. They shall not publicly disclose any decision, ruling or award until it is in the public domain [and they shall not comment on any decision, ruling or award in which they participated].

ARTICLE 10

Pre-appointment Interviews

1. Any pre-appointment interview shall be limited to discussion concerning availability of the adjudicator and absence of conflict. Candidates shall not discuss any issues pertaining to jurisdictional, procedural or substantive matters potentially arising in the proceedings.

2. [If any pre-appointment interview occurs, it shall be fully disclosed to all parties upon appointment of the candidate.]

ARTICLE 11

Fees and Expenses

1. Any discussion pertaining to fees shall be concluded immediately upon constitution of the adjudicatory body and, when possible, shall be communicated to the parties through the entity administering the proceeding.

2. Adjudicators shall keep an accurate and documented record of the time devoted to the procedure and of their expenses as well as the time and expenses of their assistant.

ARTICLE 12

Enforcement of the Code of Conduct

1. Every adjudicator and candidate has an obligation to comply with the applicable provisions of this code.

2. The disqualification and removal procedures in the applicable rules shall continue to apply.

3. [Other options based on means of implementation of the code]

PROVIMENTO Nº 196/2020 DO CONSELHO FEDERAL DA OAB

DISPÕE SOBRE O RECONHECIMENTO DA ATIVIDADE ADVOCATÍCIA DECORRENTE DA ATUAÇÃO DE ADVOGADOS COMO CONCILIADORES OU MEDIADORES, ÁRBITROS OU PARECERISTAS E NO TESTEMUNHO (EXPERT WITNESS) OU NO ASSESSORAMENTO ÀS PARTES EM ARBITRAGEM E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 54, V, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, e considerando o decidido nos autos da Proposição n. 49.0000.2019.010766-6/COP, RESOLVE:

Art. 1º Constitui atividade advocatícia, para todos os fins, a atuação de advogados como conciliadores ou mediadores, nos termos da Lei n. 13.140/2015, ou árbitros, nos moldes preconizados pela Lei n. 9.307/1996.

§ 1º A atuação de advogados como conciliadores, mediadores, árbitros ou pareceristas e no testemunho (expert witness) ou no assessoramento às partes em arbitragem não desconfigura a atividade advocatícia por eles prestada exclusivamente no âmbito das sociedades individuais de advocacia ou das sociedades de advogados das quais figurem como sócios.

§ 2º A remuneração pela prática da atividade referida no caput tem natureza de honorários advocatícios e pode ser recebida pelos advogados como pessoas físicas ou pelas sociedades das quais sejam sócios.

Art. 2º Este Provimento tem caráter declaratório-interpretativo e entra em vigor na data da sua publicação no Diário Eletrônico da OAB.

Rio de Janeiro, 10 de fevereiro de 2020.

FELIPE SANTA CRUZ
Presidente

JADER KAHWAGE DAVID
Relator

ARY RAGHIAN NETO
Secretário-Geral Adjunto
Relator *ad hoc*

(DEOAB, a. 2, n. 309, 18.03.2020, p. 1)

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 1/2020 DO CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO AMCHAM

REF.: Funcionamento do Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM Brasil (CAM-AMCHAM) diante da pandemia causada pelo coronavírus (COVID-19)

Considerando o cenário global decorrente da pandemia causada pelo COVID-19 e de forma a contribuir para o esforço coletivo de limitação da propagação das contaminações;

Considerando as recomendações públicas de saúde relacionadas ao COVID-19;

Considerando o compromisso da AMCHAM Brasil de preservar o bem-estar e a segurança de seus colaboradores(as) e dos usuários(as), árbitros(as), mediadores(as), advogados(as) e assistentes técnicos(as) que atuam no âmbito dos procedimentos administrados pelo CAM-AMCHAM;

A Secretária Geral, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 5.2(e) do Estatuto do CAM-AMCHAM, aprovado em 05 de março de 2014, resolve expedir a presente Resolução, a qual dispõe sobre a adaptação das atividades do CAM-AMCHAM, em caráter emergencial e temporário, em virtude da pandemia causada pelo COVID-19. As medidas visam à redução da circulação de pessoas nas dependências da AMCHAM Brasil, com o objetivo de preservar a saúde dos(as) funcionários(os) e dos(as) usuários(as) dos serviços do CAM-AMCHAM, ao mesmo tempo em que zelam pela efetiva condução dos procedimentos administrados por esta instituição.

I – CUMPRIMENTO DE PRAZOS E PROTOCOLOS

I.I. Ficam **mantidos** os prazos de protocolos das manifestações estabelecidos nos procedimentos de arbitragem e mediação, que devem, a partir da vigência desta Resolução, ser cumpridos **eletronicamente**.

I.II. O protocolo das **vias físicas** das manifestações e dos documentos comprobatórios das Partes nas sedes da AMCHAM fica **suspenso** durante a vigência desta Resolução. A partir da normalização do protocolo físico, a ser determinada por meio de nova Resolução, as Partes deverão apresentar ao menos uma via física das

manifestações e documentos apresentados eletronicamente, que será arquivada pela Secretaria do CAM-AMCHAM.

I.III. Com exceção da entrega física, devem ser observadas todas as demais regras específicas de cumprimento de prazos e apresentação de documentos acordadas nos Termos de Arbitragem e nos Termos de Mediação de cada procedimento, salvo determinação em contrário do Tribunal Arbitral (de ofício ou a requerimento das Partes) ou do(a) Mediador(a).

I.IV. Para fins de cumprimento eletrônico de prazos, todas as petições e demais documentos deverão ser apresentados por e-mail, conforme previsto no Termo de Arbitragem e no Termo de Mediação. Caso os anexos sejam de tamanho superior àquele suportado pelo provedor de e-mails, as Partes poderão enviá-lo (i) em arquivo ZIP, (ii) por meio de links compartilháveis ou (iii) em pasta compartilhada a ser criada e administrada pela Secretariado CAM-AMCHAM, mediante solicitação do Tribunal Arbitral, do(a) Mediador(a) ou das Partes.

I.V. Os prazos cuja contagem iniciar-se-ia a partir do recebimento da(s) via(s) física(s), terão como termo inicial o primeiro dia útil subsequente ao recebimento da comunicação eletrônica contendo a petição e acesso a documentos.

I.VI. Pedidos de Instauração de Procedimento Arbitral ou de Mediação deverão ser remetidos apenas digitalmente, por meio do endereço eletrônico <amcham.arb-med@amchambrasil.com.br>.

I.VII. Os procedimentos que ainda não tenham Tribunal Arbitral ou Mediador(a) constituídos serão conduzidos eletronicamente pela Secretaria do CAM-AMCHAM.

I.VIII. Se não for possível a condução por meio eletrônico, a Secretária Geral analisará o caso, podendo, se necessário, suspender o procedimento até que o protocolo físico seja normalizado.

I.IX. Nos procedimentos em que houver Tribunal Arbitral ou Mediador(a) constituído, os(as) árbitros(as) e mediadores(as) poderão determinar a suspensão da arbitragem ou da mediação, a seu exclusivo critério ou mediante convenção das partes.

I.X. As Sentenças Arbitrais deverão ser enviadas eletronicamente à Secretaria do CAM-AMCHAM. As vias físicas deverão ser protocoladas fisicamente apenas após a normalização do protocolo físico.

I.XI. As Sentenças Arbitrais serão encaminhadas às Partes também eletronicamente pela Secretaria do CAM-AMCHAM. As vias físicas serão enviadas quando normalizado o protocolo físico.

II – AUDIÊNCIAS E REUNIÕES

II.I. Com o objetivo de reduzir os impactos da alteração das atividades no andamento dos procedimentos administrados pelo CAM-AMCHAM, a Secretaria possibilitará

a realização de audiências por meio de plataforma digital ou de conferências telefônicas, sempre com participação também por via remota de ao menos um(a) membro(a) da Secretaria.

II.II. Audiências e reuniões presenciais nas sedes da AMCHAM Brasil ficam **suspensas** até determinação em contrário por meio de nova Resolução.

II.III. Embora não recomendado pelo CAM-AMCHAM, as Partes, Tribunal Arbitral e Mediadores(as) poderão decidir pela realização presencial de audiências e reuniões em locais escolhidos por eles, com participação da Secretaria por via remota.

III – ATENDIMENTO AO PÚBLICO E FUNCIONAMENTO

III.I. A Secretaria do CAM-AMCHAM ficará à disposição dos(as) usuários e colaboradores(as) **exclusivamente** por meio de telefone <(11) 5180-3876> e e-mail <amcham.arbmed@amchambrasil.com.br>, no horário de funcionamento do CAM-AMCHAM (segunda a sexta-feira, das 9h00 às 12h30 e das 14h às 17h).

IV – VIGÊNCIA

IV.I. Esta Resolução entra em vigor no dia 20 de março de 2020 e terá vigência até a publicação de nova Resolução que a revogue, a ocorrer assim que controladas as situações de risco à saúde pública em virtude da pandemia do COVID-19.

São Paulo, 19 de Março de 2020

CAROLINA MORANDI

Secretária Geral

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 40/2020 DO CENTRO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ

REF.: Organização administrativa do CAM-CCBC e normas para o processamento eletrônico dos procedimentos diante das regras de saúde pública relacionadas à Covid-19

CONSIDERANDO que a Resolução Administrativa nº 39/2020 tratou do impacto da situação excepcional relacionada à Covid-19 nas atividades do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”) até o dia 1º de abril de 2020, bem como que tal situação se mantém e perdurará por prazo indefinido;

CONSIDERANDO o total comprometimento do CAM-CCBC, de um lado, com a preservação da integridade da comunidade como um todo, incluindo árbitros, mediadores, peritos, advogados, partes e seus colaboradores e, de outro, com a eficiente prestação de serviços relacionados aos métodos adequados de solução de controvérsias;

A Presidente do CAM-CCBC, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 2.6 (c) e (f)¹ do Regulamento do CAM-CCBC, aprovado em 1º de setembro de 2011, com alterações aprovadas em 28 de abril de 2016, resolve expedir a presente resolução.

1. VIGÊNCIA

Esta resolução entra em vigor em 2 de abril de 2020, sucedendo a Resolução Administrativa nº 39/2020, que vigorou até o dia 1º de abril de 2020.

Diante do cenário atual de incerteza e da impossibilidade de previsão da data exata de retorno das atividades presenciais no Brasil e na sede do CAM-CCBC, esta Resolução permanecerá em vigor até ser expressamente revogada.

-
1. Regulamento do CAM-CCBC, artigo 2.6: Compete ao Presidente do CAM-CCBC: (...)
 - (c) expedir Resoluções Administrativas; (...)
 - (f) expedir normas complementares, visando dirimir dúvidas, orientar a aplicação deste Regulamento, inclusive quanto aos casos omissos;

2. SECRETARIA

A equipe do CAM-CCBC continua integralmente operacional², podendo ser contatada por e-mail ou por telefone, das 9h00 às 18h00. As informações de contato estão disponíveis em nosso site www.ccbc.org.br. (clique aqui para acessar os dados de contato dos Case Managers)

3. PROTOCOLOS, NOTIFICAÇÕES E CUMPRIMENTOS DE PRAZOS POR MEIO ELETRÔNICO

O protocolo presencial de vias físicas na sede do CAM-CCBC permanece suspenso, nas unidades de São Paulo e do Rio de Janeiro.

Assim sendo, considerando que, nos termos do artigo 6.2³, a comunicação eletrônica é, para todos os efeitos, meio previsto no Regulamento do CAM-CCBC para comunicações, notificações ou intimações, referidos atos destinados a quaisquer dos partícipes⁴ dos procedimentos ou a eles relacionados⁵, além dos protocolos de quaisquer manifestações, decisões ou documentos deverão ser realizados por meio eletrônico, conforme descrito nos itens a seguir.

3.1. *Novos procedimentos*

O protocolo de requerimento para instituição de novos procedimentos (de arbitragem ou outros ADRs⁶), acompanhado de documentos anexos, deverá ser realizado por e-mail no endereço secgeral@ccbc.org.br. Caso seja necessário, a Assessoria da Secretaria Geral do CAM-CCBC poderá disponibilizar um link para o upload de documentos.

-
2. Sobre o expediente do CAM-CCBC, vide a Resolução Administrativa nº 38/2019, que trata do calendário para o ano de 2020, disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/ra-38-2019-calendario-2020/>.
 3. Regulamento do CAM-CCBC, artigo 6.2: Para todos os efeitos do presente Regulamento, as comunicações, notificações ou intimações serão feitas por carta, fax, correio eletrônico ou meio equivalente, com confirmação de recebimento.
 4. Incluindo, mas não se limitando, a partes, advogados, árbitros, secretários de tribunais arbitrais, peritos assistentes técnicos e testemunhas.
 5. Incluindo, mas não se limitando, a ofícios, declarações e demais atos relacionados aos procedimentos.
 6. Além de Arbitragem, o CAM-CCBC também administra outros métodos alternativos de resolução de disputas, tais como Mediação, Registro de Domínios e Dispute Boards e atua como Autoridade Nomeadora.

A parte que desejar instituir um novo procedimento, durante a vigência desta Resolução, deverá indicar os endereços eletrônicos das partes requeridas e/ou daquelas partes que pretendam sejam dele intimadas para que a Secretaria do CAM-CCBC proceda à sua notificação apenas de maneira eletrônica.

A notificação eletrônica substitui, para todos os fins, as comunicações, notificações ou intimações realizadas por carta, fax ou qualquer outro meio equivalente.

Eventuais pedidos de exceção à notificação eletrônica das partes requeridas deverão acompanhar justificativas e serão apreciados e decididos pela Secretaria Geral do CAM-CCBC.

3.2. Procedimentos em fase administrativa anterior à constituição do Tribunal Arbitral

Nos procedimentos que aguardam a constituição do Tribunal Arbitral, fora facultado às Partes, via despacho de mero expediente, a adesão facultativa ao encaminhamento eletrônico das comunicações durante a fase administrativa.

Diante da necessidade de manutenção, por tempo indefinido, da nova forma de condução administrativa dos trabalhos do CAM-CCBC e considerando que a comunicação eletrônica é meio regulamentar, o encaminhamento eletrônico em fase administrativa passa a ser regra vinculante e obrigatória.

Assim, todas as comunicações, notificações e intimações deverão ser realizadas conforme o procedimento de comunicação eletrônica a seguir:

I – Todas as comunicações serão encaminhadas exclusivamente, por via eletrônica, para a Secretaria do CAM-CCBC designada, ficando dispensada a apresentação da via física respectiva.

II – A Secretaria do CAM-CCBC será encarregada de retransmitir a mensagem recebida à outra Parte.

III – A manifestação da Parte poderá estar no corpo da comunicação eletrônica ou como anexo, sendo que o tamanho total da mensagem não deverá ultrapassar 9MB⁷.

IV – A Secretaria poderá, futuramente, carrear aos autos físicos do procedimento uma cópia da comunicação eletrônica (com anexos), para registro.

V – A contagem de prazo iniciar-se-á no primeiro dia útil subsequente ao envio, pela Secretaria, da correspondência eletrônica contendo a manifestação e seus respectivos documentos.

7. Caso seja necessário, a Secretaria poderá disponibilizar um link para o upload de documentos que excedam 9MB.

Eventuais pedidos de exceção a tais regras e/ou de suspensão do procedimento pelas Partes neste estágio deverão acompanhar justificativas e serão apreciados e decididos pela Secretaria Geral do CAM-CCBC.

3.3. *Procedimentos com Tribunal Arbitral regularmente constituído*

Nos procedimentos em que os Tribunais Arbitrais já se encontram regularmente constituídos, as petições e demais documentos (tais como anexos, decisões, ofícios, cartas, comunicados, medidas de urgência, entre outros) deverão ser apresentados por e-mail e disponibilizados na pasta eletrônica compartilhada.

As orientações para o upload de manifestações e documentos, bem como os detalhes acerca do protocolo que valerá para fins de comprovação de cumprimento de prazo podem ser acessados neste link.

Eventuais pedidos de exceção a tais regras e/ou de suspensão do procedimento pelas Partes neste estágio deverão acompanhar justificativas e serão apreciados e decididos pelo Tribunal Arbitral.

4. AUDIÊNCIAS E REUNIÕES

Permanece suspensa a realização de audiências e reuniões presenciais nas unidades de São Paulo e do Rio de Janeiro do CAM-CCBC e/ou em qualquer outra localidade.

A fim de não prejudicar o andamento dos procedimentos, a Secretaria do CAM-CCBC viabilizará a realização de audiências remotamente, via Microsoft Teams ou plataforma similar, com o acompanhamento do case manager responsável e de um técnico de TI.

As reuniões serão agendadas pela Secretaria, que enviará um convite via e-mail a todos os participantes, por meio do qual será franqueado acesso com som e/ou vídeo. Durante a reunião será possível, também, projetar documentos e apresentações utilizando o compartilhamento de telas.

A gravação será realizada pela Secretaria e os serviços de estenotipia e tradução poderão ser contratados, caso necessário. Maiores detalhes acerca dos requisitos técnicos e das demais orientações para a realização dessas audiências e reuniões estão disponíveis neste link⁸.

8. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/wp-content/uploads/2020/04/Procedimento-Eletronico-RA-40-2020.pdf>>.

5. INICIATIVAS INSTITUCIONAIS

Os eventos organizados e sediados pelo CAM-CCBC no primeiro semestre de 2020 permanecem suspensos.

A nossa equipe de Desenvolvimento Institucional continua acessível pelo e-mail cam@ccbc.org.br, para tratar de eventos e outras iniciativas institucionais.

São Paulo, 2 de abril de 2020

ELEONORA COELHO
Presidente do CAM-CCBC

RESOLUÇÃO Nº 1/2020 DA CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

O cenário atual de organização social diante da disseminação do COVID-19 no Brasil urge por medidas de adaptação que, simultaneamente, permitam a continuação dos serviços prestados pelas instituições e a redução de circulação de pessoas para contenção do contágio. Desse modo, como forma de contribuir com a saúde e ordem públicas, a Câmara de Mediação e Arbitragem da Fundação Getulio Vargas (Câmara FGV) ajustará seus serviços, provisoriamente, ao maximizar o uso de mecanismos não presenciais para dar prosseguimento aos procedimentos instaurados e atender às demandas em geral de seus usuários.

Sendo assim, o Diretor Executivo da Câmara FGV resolve:

I. DOS PROTOCOLOS

Art. 1º. Ficam suspensos, provisoriamente, os protocolos de vias físicas de manifestações dos Procedimentos de Arbitragem e Mediação, devendo o cumprimento de prazos ser atendido via e-mail;

§1º. A petição e os documentos a ela anexos deverão conter assinatura digital, de responsabilidade dos patronos das partes.

§2º. Eventuais documentos anexos às manifestações, usualmente veiculados em pen drives, também deverão ser encaminhados via e-mail, em conjunto com a manifestação.

§3º. Caso o tamanho dos arquivos seja superior ao suportado pelo servidor do e-mail, recomenda-se o envio dos documentos no formato de ZIP ou via link para download.

II. DA CONTAGEM DOS PRAZOS

Art.2º. Com relação ao cumprimento de prazos cuja contagem começa a partir do recebimento da(s) via(s) física(s), considerar-se-á como termo inicial o primeiro dia útil subsequente ao recebimento da comunicação eletrônica.

§1º. Como forma de tranquilizar as partes, haverá confirmação, via e-mail, dos documentos e manifestações recebidos pela Câmara FGV em até 24 horas.

III. DOS PEDIDOS DE INSTAURAÇÃO

Art. 3º. Pedidos de instauração de arbitragem ou de mediação deverão ser remetidos digitalmente, para o e-mail camara@fgv.br, preferencialmente com cópia para os e-mails arthur.izidoro@fgv.br e maria.dyma@fgv.br.

IV. DAS MEDIDAS CABÍVEIS AOS ÁRBITROS CONSTITUÍDOS

Art. 4º. Nos casos em que houver Tribunal Arbitral ou Árbitro Único constituídos, os Árbitros poderão determinar a suspensão da arbitragem, de ofício ou mediante provocação das Partes. A eles também é facultada a adoção de outras medidas que entendam como adequadas para possibilitar a continuidade do Procedimento Arbitral em compatibilidade com as medidas de segurança provenientes da pandemia atual.

V. DOS ATENDIMENTOS AO PÚBLICO

Art. 5º. Os funcionários da Câmara FGV estarão disponíveis para atendimentos ao público, preferencialmente via e-mail. Atendimentos presenciais estão suspensos durante a vigência desta resolução.

Art. 6º. A presente resolução entra em vigor em 19 de março de 2020.

Rio de Janeiro, 18 de março de 2020



JULIAN ALFONSO MAGALHÃES CHACEL
Diretor Executivo da Câmara FGV

RESOLUÇÃO Nº 2/2020 DA CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIÇÃO E ARBITRAGEM CIESP/FIESP

O Presidente da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP (“Câmara”), no uso das suas atribuições e dos poderes conferidos no item 4, alínea f, do Regimento Interno da Câmara;

Considerando os impactos mundiais e no Brasil da pandemia causada pelo COVID-19 e do prolongamento de suas consequências;

Considerando as medidas que têm sido recomendadas pelas autoridades públicas e adotadas no âmbito do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo e da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo para a sua contenção;

Considerando o disposto no item 5 da Resolução N. 1/2020 da Presidência da Câmara e a necessidade de melhor detalhamento das atividades da Câmara com o prolongamento do Período de Suspensão da prática de atos presenciais nela estabelecido;

Resolve estabelecer o quanto segue:

I. DO FUNCIONAMENTO DA SECRETARIA DA CÂMARA E DOS PRAZOS

1. Fica prorrogado por prazo indeterminado o Período de Suspensão de atos presenciais na Secretaria da Câmara, que foi estabelecido pela Resolução N. 1/2020, que teve início em 17 de março de 2020, até a expedição de nova Resolução estabelecendo o termo final do Período de Suspensão.

2. Ficam suspensas as atividades da Secretaria de atendimento presencial ao público no Período de Suspensão, mantida a normalidade do atendimento e contato por telefone e canais eletrônicos em horário comercial, das 8h30 às 17h30.

3. Os prazos suspensos pela Resolução N. 1/2020 retornarão a fluir em 30 de março de 2020, observada a regra de protocolo exclusivamente eletrônico estabelecida pelo item 5 e o disposto no item 6 abaixo.

4. Os protocolos físicos de petições e documentos que, inicialmente, deveriam ter sido praticados durante o período de 17 de março de 2020 e 27 de março de 2020 deverão ser feitos até o dia 30 de março de 2020, através de correio expresso com aviso de recebimento, aos cuidados do setor de Protocolo da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp, Av. Paulista, 1313, 12o andar, São Paulo-SP, Brasil, CEP: 01311-923.

II. DO PROTOCOLO EXCLUSIVAMENTE ELETRÔNICO

5. A partir de 30 de março de 2020 e durante todo o restante do Período de Suspensão, todas as petições e documentos deverão ser enviados eletronicamente para os e-mails cmasp@ciesp.com.br com cópia para secgeral.cmasp@ciesp.com.br, observando também todos os demais endereços de correio eletrônico que devam ser copiados na mensagem, conforme as regras de envio constantes do termo de arbitragem ou de determinação do árbitro ou tribunal arbitral.

5.1 A mensagem eletrônica deverá ser enviada com notificação de aviso de recebimento e de leitura, sendo permitido às Partes o uso de links de transferência ou arquivos em formato .ZIP quando necessário, em razão do volume de dados.

5.2 Consideram-se idênticos aos originais, sob responsabilidade do emissor da mensagem eletrônica, a petição e os documentos enviados.

5.3 A Secretaria da Câmara acusará o recebimento da mensagem eletrônica, bem como da petição e documentos, indicando os arquivos recebidos, para fins de verificação e comprovação do cumprimento de prazos.

6. Feito o protocolo eletrônico na forma do item 5, fica dispensado o protocolo

7. das vias físicas das petições e documentos durante o Período de Suspensão, salvo decisão em contrário do Árbitro ou Tribunal Arbitral.

6.1 Caso o Árbitro ou Tribunal Arbitral determine a manutenção da necessidade de protocolo de vias físicas, na forma do item 6 acima, as Partes deverão, observando o quanto estabelecido no termo de arbitragem ou em decisão do Árbitro ou Tribunal Arbitral, providenciar o envio das vias físicas por correio expresso com aviso de recebimento, aos cuidados do setor de Protocolo da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp, Av. Paulista, 1313, 12o andar, São Paulo-SP, Brasil, CEP: 01311-923

III. DA REALIZAÇÃO TELEMÁTICA DE REUNIÕES E AUDIÊNCIAS

7. Durante o Período de Suspensão, a pedido do Tribunal Arbitral, a Secretaria da Câmara providenciará a realização telemática de atos processuais, inclusive audiências e reuniões, por conferência telefônica (Dial In) ou por teleconferência através da plataforma Webex (Cisco).

IV. DAS INSTAURAÇÕES DE NOVOS PROCEDIMENTOS

8. Novos pedidos de instauração de arbitragem, mediação ou Comitês de Prevenção e Resolução de Disputas, inclusive aqueles de caráter urgente como os de árbitro provisório, deverão ser apresentados exclusivamente eletronicamente durante o Pedido de Suspensão, seguindo o quanto previsto no item 5.

V. DOS ATOS E COMUNICAÇÕES DA CÂMARA

9. Os atos, comunicações e notificações expedidos pela Câmara serão realizados preferencialmente eletronicamente, comunicação da instauração de novos procedimentos, do teor de sentenças arbitrais e decisões, intimação de testemunhas e ressalvada a notificação de outros atos para os quais seja necessária a comunicação física, hipóteses em que as vias físicas serão enviadas também por correio com aviso de recebimento.

9.1 A Secretaria da Câmara indicará a data e horário em que enviou a mensagem eletrônica, relacionando os arquivos enviados, para fins de contagem de prazos.

9.2 O prazo das Partes se iniciará no primeiro dia útil subsequente ao envio da notificação pela Secretaria da Câmara através da mensagem eletrônica.

9.3 É de responsabilidade das Partes a verificação dos seus respectivos correios eletrônicos para acompanhamento do recebimento de mensagens e comunicações expedidas pela Câmara, pelo Árbitro ou Tribunal Arbitral e pelas outras Partes.

VI. DAS SENTENÇAS, DECISÕES E ORDENS PROCESSUAIS ARBITRAIS

10. As sentenças arbitrais, decisões e ordens processuais deverão ser enviadas pelo Árbitro ou Tribunal Arbitral eletronicamente à Secretaria da Câmara, considerando-se seu protocolo a data de envio do e-mail.

10.1 O Árbitro ou Tribunal Arbitral providenciará o envio de via física da sentença arbitral por correio expresso com aviso de recebimento, aos cuidados do setor de Protocolo da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp, Av. Paulista, 1313, 12o andar, São Paulo-SP, Brasil, CEP: 01311-923.

11. Durante o Período de Suspensão, as Sentenças Arbitrais serão encaminhadas às Partes eletronicamente pela Secretaria da Câmara e as vias físicas serão enviadas oportunamente por correio com aviso de recebimento.

Esta resolução entra em vigor em 27 de março de 2020.

São Paulo/SP, 25 de março de 2020.

SYDNEY SANCHES

Presidente da Câmara CIESP/FIESP

PROVIMENTO CG Nº 11/2020 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

DISPÕE SOBRE A CRIAÇÃO DE PROJETO-PILOTO DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO
PRÉ-PROCESSUAIS PARA DISPUTAS EMPRESARIAIS DECORRENTES DOS EFEITOS DA COVID-19

O Desembargador RICARDO MAIR ANAFE, Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais,

CONSIDERANDO a declaração pública de pandemia da OMS em relação à Covid-19, de 11 de março de 2020, bem como o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, que declara a existência de estado de calamidade pública no Brasil;

CONSIDERANDO que a Resolução CNJ nº 313, de 19 de março de 2020, e o Provimento CSM nº 2.549/2020, de 23 de março de 2020, estabeleceram a suspensão do trabalho presencial e dos prazos processuais, instituindo Sistema Remoto de Trabalho;

CONSIDERANDO o impacto da pandemia de Covid-19 nas atividades empresariais de produção e circulação de bens e serviços, a desencadear uma série de consequências negativas para a economia, como, por exemplo, perda de postos de trabalho, inadimplemento das obrigações contratadas e redução da arrecadação de tributos;

CONSIDERANDO os efeitos da judicialização em massa das disputas envolvendo contratos empresariais e demandas societárias diretamente relacionadas à pandemia;

CONSIDERANDO a importância do Poder Judiciário no resguardo à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade do mercado e à força vinculante dos contratos;

CONSIDERANDO a relevância de estabelecer, neste momento de crise, via pré-processual de autocomposição, em caráter complementar às já existentes (sistema “multiportas”), adaptada ao perfil específico das demandas empresariais e de funcionamento integralmente remoto;

CONSIDERANDO a ciência e o consentimento prévios do NUPEMEC aos termos do presente projeto-piloto, a ser futuramente integrado, em sendo positivo os resultados, à sua estrutura;

RESOLVE:

Art. 1º. Criar projeto-piloto de conciliação e mediação pré-processuais para disputas empresariais decorrentes dos efeitos da Covid-19, destinado a empresários e sociedades empresárias, nos termos do artigo 966 do Código Civil, e demais agentes

econômicos, desde que envolvidos em negócios jurídicos relacionados à produção e circulação de bens e serviços.

Art. 2º. A parte interessada formulará requerimento por e-mail institucional (cerde@tjsp.jus.br), que conterà o pedido e a causa de pedir, relacionada às consequências da pandemia da Covid-19, observada, ainda, a competência das Varas Empresariais e de Conflitos de Arbitragem da Capital do Estado de São Paulo.

Art. 3º. A fim de permitir a adequada identificação dos envolvidos e aferição da legitimidade, o pedido deverá ser acompanhado da qualificação completa das partes, dos documentos pessoais e/ou atos constitutivos atualizados da parte-autora, dos e-mails de contato e dos demais documentos essenciais ao conhecimento da demanda.

Art. 4º. Recebido o pedido, será designada audiência de conciliação, intimando-se as partes pelos e-mails indicados no requerimento inicial, cabendo à autora providenciar o devido encaminhamento e ciência à parte contrária.

Art. 5º. A audiência será designada para no máximo 7 (sete) dias a partir do protocolamento do pedido e será instalada por juiz de direito participante do projeto, que identificará individualmente cada uma das partes a partir dos documentos indicados no art. 3º, apresentará o objetivo do procedimento pré-processual e iniciará o procedimento de conciliação. Se infrutífera a conciliação, o expediente será encaminhado a um mediador, escolhido de comum acordo pelas partes, ou designado pelo magistrado, caso não obtido consenso. A nomeação observará os termos dos artigos 165 a 175 do Código de Processo Civil e o disposto no artigo 5º da Lei nº 13.140/2015, devendo o mediador informar, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, podendo, se for o caso, ser recusado por qualquer das partes ou substituído por decisão do juiz responsável.

Art. 6º. O mediador designado para o ato deverá estar devidamente cadastrado e habilitado para a função, com experiência na matéria objeto do litígio empresarial, e integrar o Cadastro de Mediadores e Conciliadores de 1ª Instância do Portal dos Auxiliares da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, devendo ser notificado por e-mail da nomeação.

Art. 7º. O procedimento de mediação observará o disposto nos artigos 14 e seguintes da Lei nº 13.140/2015, bem como a Resolução nº 809/2019 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Art. 8º. A audiência de conciliação ou sessão de mediação serão realizadas por meio do sistema Microsoft Teams, disponibilizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Art. 9º. Será lavrada ata da audiência ou sessão, devidamente assinada de forma digital pelo juiz responsável, pelo mediador designado, se for o caso, bem como pelos procuradores das partes. O acordo será homologado pelo juiz, constituindo título

executivo judicial, que será disponibilizado às partes, no prazo de até 3 dias da realização da audiência.

Art. 10º. O servidor responsável, a ser indicado pelos juízes responsáveis pelo projeto-piloto, providenciará o controle dos pedidos apresentados e das audiências realizadas, arquivando em pasta eletrônica própria os termos de audiência e demais decisões, bem como registrando em planilha eletrônica os pedidos recebidos, tudo para garantir o cumprimento do disposto nos artigos 13 e 14 da Resolução CNJ nº 125/2010.

Art. 11. O projeto-piloto funcionará até 120 (cento e vinte) dias após o encerramento do “Sistema Remoto de Trabalho”, instituído no Provimento CSM nº 2.549/2020. Encerrado tal período, será avaliada por esta Corregedoria Geral da Justiça a viabilidade de sua prorrogação, com integração e submissão ao sistema já existente do NUPEMEC, conforme as regras vigentes deste.

Art. 12. O projeto-piloto, no prazo instituído no artigo anterior, será conduzido pelos Juízes de Direito Renata Mota Maciel, Paulo Furtado de Oliveira Filho e Maria Rita Rebello Pinho Dias, sem prejuízo da adesão voluntária de outros magistrados da Capital com atuação na área empresarial, sob supervisão desta Corregedoria Geral da Justiça, sem qualquer ônus financeiro para o Tribunal de Justiça. As audiências serão realizadas conforme cronograma a ser estabelecido consensualmente pelos próprios magistrados responsáveis, preferencialmente no período matutino, a fim de não prejudicar as atividades regulares dos participantes em suas respectivas varas judiciais.

Art. 13. Este provimento entra em vigor na data de sua publicação.

São Paulo, 17 de abril de 2020.

RICARDO MAIR ANAFE
Corregedor-Geral da Justiça

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

RECOMENDAÇÃO CSJT.GVP Nº 01, DE 25 DE MARÇO DE 2020

RECOMENDA A ADOÇÃO DE DIRETRIZES EXCEPCIONAIS PARA O EMPREGO DE INSTRUMENTOS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS EM FASE PROCESSUAL E FASE PRÉ-PROCESSUAL POR MEIOS ELETRÔNICOS E VIDEOCONFERÊNCIA NO CONTEXTO DA VIGÊNCIA DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVIRUS (COVID-19).

O VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E DO CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO, no uso de suas atribuições legais e regimentais,

CONSIDERANDO que o Conselho Superior da Justiça do Trabalho instituiu política de tratamento adequado de disputas de interesses no âmbito da Justiça do Trabalho (Resolução CSJT n. 174/2016, art. 2º) em alinhamento com a política nacional do Poder Judiciário estabelecida pela Resolução CNJ n. 125/2010;

CONSIDERANDO que compete especificamente à Vice-Presidência do Tribunal Superior do Trabalho coordenar a Comissão Nacional de Promoção à Conciliação - CONAPROC, incluindo, dentre outras atribuições, “propor, planejar e auxiliar a implementação de ações, projetos e medidas necessárias para conferir maior efetividade à conciliação trabalhista”, “fomentar e divulgar boas práticas em conciliação trabalhista e medidas que auxiliem os magistrados da Justiça do Trabalho no desempenho dessa atividade” e “atuar na interlocução com os NUPEMEC-JT e CEJUSC-JT dos Tribunais Regionais do Trabalho” (Resolução CSJT n. 174/2016, arts. 8º e 9º, incisos I, II e VI);

CONSIDERANDO, ainda, que compete à Vice-Presidência do Tribunal Superior do Trabalho, em fase processual, a conciliação em dissídios coletivos de competência originária do Tribunal Superior do Trabalho na forma regimental (Regimento Interno do TST, art. 42, III), e, em fase pré-processual, processar os procedimentos de mediação e conciliação pré-processual das relações jurídicas passíveis de submissão a dissídio coletivo (Ato n. 168 TST.GP/2016);

CONSIDERANDO, também, que a Vice-Presidência do Tribunal Superior do Trabalho possui experiência altamente exitosa na mediação e conciliação em questões coletivas tanto em fase processual como pré-processual, com a instituição de protocolo específico (Ato GVP n. 01/2019) com regulamentação da atuação de Juizes Auxiliares na realização de contato com as partes envolvidas, análise de cenários e estratégias de negociação, fomento de diálogo, condução de reuniões de trabalho e de

negociação unilaterais e bilaterais, interlocução com áreas institucionais afins e outras atividades designadas;

CONSIDERANDO ser institucionalmente conveniente e oportuno que as boas-práticas sejam aprofundadas e difundidas por Magistrados dos Tribunais Regionais do Trabalho, tanto no âmbito dos conflitos coletivos de sua competência sob condução de seus respectivos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – NUPEMEC-JT e Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas em 2o Grau – CEJUSC-JT, quanto no âmbito dos dissídios individuais sob condução das dezenas de Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas em 1o Grau – CEJUSC-JT;

CONSIDERANDO, neste momento, a pandemia declarada e as providências recomendadas e adotadas para combate e prevenção ao Novo Coronavírus (COVID-19), que enseja a adoção de inúmeras medidas restritivas no âmbito da saúde pública (Lei n. 13.979/2020) e com repercussão nas mais diversas áreas sociais e econômicas e ênfase na preservação dos serviços públicos e atividades essenciais (Decreto n. 10.282/2020);

CONSIDERANDO a suspensão, como regra, de atividades presenciais administrativas e judiciárias nos órgãos do Poder Judiciário, inclusive da Justiça do Trabalho (Resolução n. 663/2020 do Excelso STF, Resolução n. 313/2020 do CNJ, Ato Conjunto CSJT.GP.VP e CGJT n. 01/2020 e Ato n. 126/GDSET.GP/2020 do TST);

CONSIDERANDO, porém, a necessidade de a Justiça do Trabalho, nos diversos âmbitos de atuação, prestar o serviço público de justiça social com presteza e eficiência, prevenindo e solucionando os conflitos de sua competência jurisdicional, particularmente nas relações entre empregadores e trabalhadores, em parceria com as entidades sindicais respectivas, os Advogados e os membros do Ministério Público do Trabalho;

CONSIDERANDO, mais, que “as tutelas provisórias e outros incidentes que requeiram urgência” devem ser examinados pelo Desembargador ou Juiz competente, e que as comunicações devem ocorrer por “meio telefônico ou eletrônico” com a faculdade de “atendimento presencial ou por videoconferência” para as situações excepcionais (arts. 4º e 7º do Ato Conjunto CSJT.GP.VP e CGJT n. 01/2020);

CONSIDERANDO, por fim, o ajuizamento recorrente de pedidos judiciais para regular situações que envolvam a preservação da saúde e segurança do trabalho em serviços públicos e atividades essenciais definidas no art. 3º do (Decreto n. 10.282/2020), incluindo, dentre outras, as áreas da saúde, alimentação e transporte, e a necessidade de que essas garantias sejam efetivadas sem inviabilizar o próprio serviço ou atividade, particularmente em proveito das faixas mais vulneráveis da população, e, quando possível, com sua atuação pré-processual diante da situação extraordinária;

RESOLVE:

Art. 1º Recomenda-se, aos Magistrados do Trabalho, especialmente aos Juízes e Desembargadores em exercício nos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – NUPEMEC-JT e nos Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – CEJUSC-JT de 1º e de 2º grau, assim como àqueles na atuação em regime de plantão judiciário, conforme o caso e o âmbito de suas atribuições, respeitados o seu livre convencimento e a sua independência funcional, que:

I – envidem esforços no sentido de promover, com a participação dos interessados, por aplicativos de mensagens eletrônicas ou videoconferência, a mediação e a conciliação de conflitos que envolvam a preservação da saúde e segurança do trabalho em serviços públicos e atividades essenciais definidas no art. 3º do Decreto n. 10.282/2020, privilegiando soluções que não inviabilizem a sua continuidade e sempre atentando para cada realidade concreta e localizada de sua específica jurisdição no segmento profissional e econômico respectivo;

II – recorram, sempre que necessário, tanto para conflitos que envolvam interesses de coletividades como interesses individuais, mesmo em tutelas ou procedimentos que reclamem urgência, ao apoio da estrutura e dos quadros de Servidores e Magistrados qualificados dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – NUPEMEC-JT e dos Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – CEJUSC-JT de 1º e de 2º grau, conforme cada caso, para a aplicação dos métodos consensuais;

III – atuem, sempre que possível, com o apoio direto das entidades sindicais das categorias profissionais e econômicas envolvidas, dos Advogados e dos membros do Ministério Público do Trabalho, para o encaminhamento de solução consensual dos conflitos individuais e coletivos.

Art. 2º Recomenda-se, aos Coordenadores dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – NUPEMEC-JT e dos Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – CEJUSC-JT de 1º e de 2º grau, que, conforme o caso e o âmbito de suas atribuições, respeitados o seu livre convencimento e a sua independência funcional, avaliem a conveniência e oportunidade de se disponibilizarem como mediadores e conciliadores:

I – para conflitos individuais no âmbito pré-processual que digam respeito a interesses do exercício de atividades laborativas e funcionamento das atividades empresariais no contexto da situação extraordinária da pandemia;

II – para conflitos coletivos no âmbito pré-processual que digam respeito a interesses do exercício de atividades laborativas e funcionamento das atividades empresariais no contexto da situação extraordinária da pandemia.

Parágrafo único. Para a implementação do disposto no presente artigo, recomenda-se a utilização, em complementação aos instrumentos processuais disponíveis,

dos procedimentos de mediação pré-processual previstos no art. 3º, par. 3º, do Novo CPC e no art. 611-A da CLT, considerando, no que couber, o Ato n. 168/TST.GP/2016, que instituiu a mediação e conciliação pré-processual de conflitos coletivos no âmbito do TST, regulamentado pelo Protocolo de Mediação e Conciliação da Vice-Presidência do TST (Ato GVP n. 01/2019).

Art. 3º Recomenda-se, aos Coordenadores dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – NUPEMEC-JT e dos Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – CEJUSC-JT de 1º e de 2º graus, em conjunto com a Presidência dos Tribunais Regionais do Trabalho respectivos e com o apoio dos demais órgãos, a adaptação de sua estrutura, de seus procedimentos e de seus canais de acesso, inclusive com a divulgação ostensiva de e-mails e/ou telefones de contato para o acionamento das partes, para viabilizarem as práticas de mediação e conciliação por meios eletrônicos e videoconferência para a consecução das atividades previstas nesta Recomendação, diante das restrições vigentes na prevenção e combate ao Novo Coronavírus (COVID-19).

Art. 4º Até que seja implantada ferramenta nacional unificada com todas essas funcionalidades para essa finalidade, recomenda-se que seja dada preferência à utilização de aplicativos e/ou programas de mensagens e videoconferência de acesso público e gratuito e dotados de funcionalidades de gravação de áudio e vídeo, para a preservação da memória das tratativas e da documentação da homologação dos acordos, quando impossível ou inconveniente a documentação presencial ou via PJe-JT.

Art. 5º Na utilização dos métodos consensuais para os fins previstos nos artigos anteriores, devem ser observadas as diretrizes, procedimentos e atribuições institucionais previstas na Resolução CSJT n. 174/2016.

Art. 6º Este Ato entra em vigor na data de sua publicação e terá vigência até 30 de maio de 2020, podendo ser prorrogado.

Dê-se ciência, com urgência e por via eletrônica, aos Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho, aos Coordenadores dos NUPEMEC-JT e dos CEJUSC-JT de 1º e 2º graus, à Ordem dos Advogados do Brasil e ao Ministério Público do Trabalho.

Publique-se.

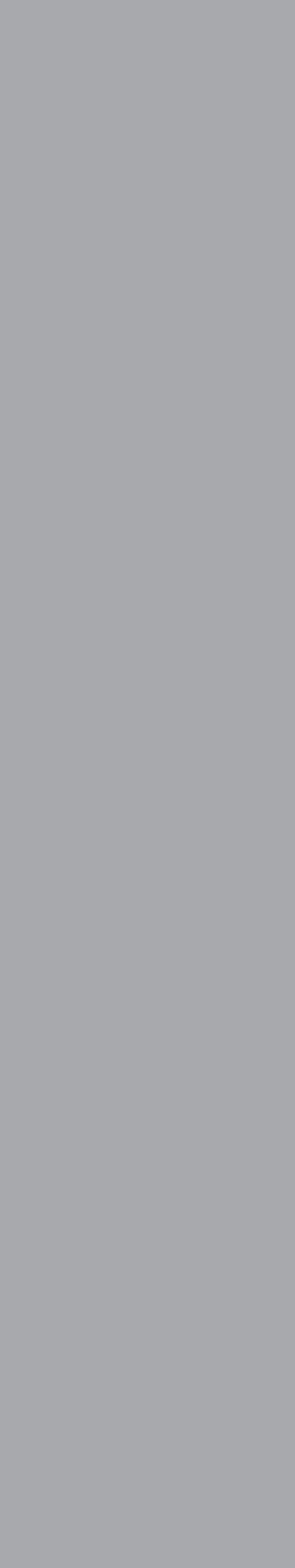
Brasília, 25 de março de 2020.

LUIZ PHILIPPE VIEIRA DE MELLO FILHO

Ministro Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho

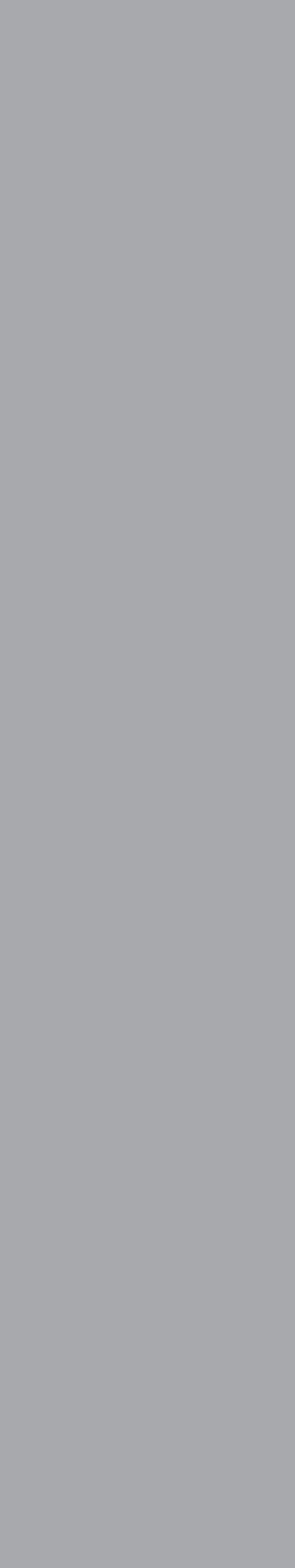
The background features a light gray gradient with several overlapping, semi-transparent circular shapes. These circles are filled with a fine, dense pattern of thin, parallel lines that create a textured, mesh-like appearance. The overall aesthetic is clean and modern.

Doutrina Nacional





A) Arbitragem e Administração Pública



ARBITRAGEM E CLÁUSULAS EXORBITANTES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

ARBITRATION AND EXORBITANT CLAUSES IN GOVERNMENT CONTRACTS

ANDRÉ LUÍS MONTEIRO

Of Counsel no escritório norte-americano Quinn Emanuel, filial de Londres. Doutor (2017) e Mestre (2012) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. *Visiting Scholar* na School of International Arbitration at Queen Mary – University of London (2018–2019). *Junior Academic Visitor* na University of Oxford (Commercial Law Centre – Harris Manchester College, 2015–2016).
andremonteiro@quinnemanuel.com

MARCO ANTONIO RODRIGUES

Professor Adjunto de Direito Processual Civil da UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado Sênior em Bocater, Camargo, Costa e Silva, Rodrigues Advogados. Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra/Portugal. Doutor em Direito Processual e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). LLM. pela King's College London. Professor de cursos de pós-graduação pelo Brasil. Membro da International Association of Procedural Law, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual.
marcoadsrodrigues@gmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Arbitragem; Administrativo

RESUMO: Este texto analisa a arbitrabilidade das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem – Contratos administrativos – Cláusulas exorbitantes – Arbitrabilidade.

ABSTRACT: This essay analyses the arbitrability of exorbitant clauses in government contracts (procurement contracts).

KEYWORDS: Arbitration – Government contracts (procurement contracts) – Exorbitant clauses – Arbitrability.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Arbitragem e contratos administrativos. 2.1. Contratos administrativos e suas cláusulas exorbitantes. 2.2. Três premissas fundamentais. 2.2.1. As normas cogentes no Direito Público são mais cogentes do que as normas cogentes no Direito Privado?. 2.2.2. Obrigatoriedade das cláusulas exorbitantes em contratos administrativos?. 2.2.3. Os três níveis de análise das cláusulas exorbitantes. 2.3. Arbitrabilidade e cláusulas exorbitantes do contrato administrativo. 2.3.1. Exame da doutrina. 2.3.2. Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2.3.3. Nossa posição. 2.4. Exame na arbitragem da interpretação e da execução de cláusulas exorbitantes do contrato administrativo, bem como das repercussões econômicas daí decorrentes. 2.4.1. Ato administrativo e contrato administrativo. 2.4.2. Alteração unilateral do contrato administrativo. 2.4.3. Rescisão unilateral do contrato administrativo. 2.4.4. Aplicação de sanções administrativas na execução do contrato administrativo. 2.4.5. Inoponibilidade de alegação de exceção de contrato não cumprido. 2.4.6. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato. 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A¹ arbitragem envolvendo a Administração Pública é uma realidade nos tempos atuais. Especialmente após a reforma da Lei da Arbitragem em 2015 (Lei 13.129/2015), não restam mais dúvidas de que o Poder Público pode submeter seus conflitos à arbitragem. Trata-se de uma opção política bastante bem-vinda, pois traz para o campo dos conflitos envolvendo entes públicos uma via de solução mais célere e em que as partes podem escolher um especialista na matéria para julgar o caso, o que torna a atuação do Poder Público mais eficiente e atrativa, em linha com a realização do interesse público².

Ocorre que o § 1º do artigo 1º da Lei 9.307/1996 estabelece a arbitrabilidade objetiva dos conflitos administrativos valendo-se da noção de “direitos patrimoniais disponíveis”. Trata-se de conceito jurídico indeterminado, que parece-nos englobar, no mínimo, todas as questões que podem ser objeto de contratação³. O que deve nortear a análise da arbitrabilidade objetiva de conflitos envolvendo entes públicos

1. Os autores gostariam de expressar enorme agradecimento a Selma Ferreira Lemes, Cristina Mastrobuono e Bruno Megna, renomados autores que caminham bem nas áreas arbitral e administrativa, pela leitura da versão preliminar deste texto e ainda pelos excelentes comentários enviados.
2. A respeito das vantagens da arbitragem para solução de conflitos com a Administração Pública, permita-nos referir ao que já escrevemos em outra obra: MONTEIRO, André Luis; FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 496-507.
3. RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2017. p. 389.

é o exame da patrimonialidade da questão em debate, uma vez que a noção de disponibilidade utilizada para fins de se definir a arbitrabilidade objetiva é mais ampla do que aquela comumente empregada no Direito Privado⁴.

Ainda assim, o fato é que nos contratos administrativos existem cláusulas que decorrem de previsões legais expressas – as cláusulas exorbitantes (ou cláusulas de privilégio), daí decorrendo uma pergunta capital para a utilização da arbitragem em contratos administrativos: é possível que na arbitragem se decida sobre a legalidade da aplicação destas cláusulas exorbitantes, bem como sobre os efeitos patrimoniais decorrentes dessa aplicação? Ou a aplicação dessas cláusulas exorbitantes envolveria um grau tão elevado de interesse público que afastaria a arbitrabilidade desses conflitos?

O presente artigo analisa esse ponto, procurando oferecer, em primeiro lugar, uma tese pró-arbitrabilidade de cláusulas exorbitantes para depois examinar a arbitrabilidade de cada cláusula e os efeitos destas sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Em tempos de Covid-19, o tópico se tornou ainda mais relevante, já que a Administração Pública está mais exposta ao uso de cláusulas exorbitantes em contratos administrativos em situações que exigem uma atuação mais pronta, o que pode gerar conflitos com os parceiros privados a esse respeito, muitos deles sujeitos a cláusulas compromissórias. Como também se verá, doutrina e jurisprudência têm até então assumido uma posição um pouco tímida neste tema, na nossa opinião. Ademais, a matéria ainda não conta com decisão (muito menos jurisprudência consolidada) do Superior Tribunal de Justiça, de modo que as eventuais respostas permanecem em aberto.

É relevante dizer também o que o presente texto não examina. Primeiramente, não se examina o controle do mérito do ato administrativo que corporifica a decisão da Administração Pública de aplicar cláusulas exorbitantes (o que é objeto de outro trabalho dos autores, já no prelo). Também não se examina o exercício de cláusulas exorbitantes em relação à própria cláusula compromissória (p.ex.: uso da prerrogativa de alteração unilateral do contrato para revogar a cláusula compromissória), o que já foi objeto de exame em outra oportunidade⁵. O que se examina, neste ensaio,

4. MONTEIRO, Andre Luis; FICHTNER, Jose Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson. Op. cit., p. 551.

5. Em sua obra *Teoria Geral da Arbitragem*, o primeiro autor já teve oportunidade de opinar sobre o assunto: “No nosso ponto de vista, a Administração Pública não pode se valer das cláusulas exorbitantes para modificar unilateralmente ou mesmo rescindir unilateralmente a convenção de arbitragem. Primeiramente, cumpre afirmar que a eventual rescisão unilateral do contrato administrativo como um todo não alcança a cláusula compromissória, pois, consoante decorre do caput do art. 8.o da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato-base (princípio da autonomia). Em segundo lugar, o

é o controle de legalidade na via arbitral das cláusulas exorbitantes aplicadas num contrato administrativo.

2. ARBITRAGEM E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1. *Contratos administrativos e suas cláusulas exorbitantes*

Não obstante seja típica figura do Direito Privado, o instituto do contrato também é plenamente utilizado no Direito Público, com todos os seus mais relevantes aspectos. Isso significa dizer que a teoria geral dos contratos se aplica em boa parte aos ajustes envolvendo a consecução, mediata ou imediata, do interesse público⁶.

Evidentemente que, na esfera do Direito Público, a disciplina contratual sofre diversas alterações⁷, necessárias ao melhor atingimento de sua finalidade pública⁸. Os pactos de que fazem parte entes públicos são designados pelo gênero de contratos da Administração⁹. Esse gênero se divide em duas espécies: contratos privados celebrados pela Administração Pública e contratos administrativos (típicos e atípicos)¹⁰.

modelo legal administrativo brasileiro apenas permite o exercício dos poderes inerentes às cláusulas exorbitantes em relação ao próprio contrato-base ou em relação aos direitos e obrigações de ordem material que dele exsurgirem (ou seja, os aspectos econômicos do contrato), mas não em relação à cláusula que define o método de resolução de litígios” (MONTEIRO, Andre Luis; FICHTNER, Jose Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 579).

6. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 232.
7. Isso significa, conforme leciona Hely Lopes Meirelles, que, “na interpretação do contrato administrativo, é preciso ter sempre em vista que as normas que o regem são as do Direito Público, suplementadas pelos princípios da teoria geral dos contratos e do Direito Privado, e não o contrário, como, lamentavelmente, ainda se pratica entre nós” (MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 241).
8. Consoante já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, “os contratos administrativos regem-se não só pelas suas cláusulas, mas, também, pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente as normas de direito privado” (STJ, 2ª T., REsp 737.741/RJ, Min. Castro Meira, j. em 03.10.2006, DJe 01.12.2006).
9. Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que “a expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 297).
10. Hely Lopes Meirelles conceitua o contrato administrativo como sendo “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração” (MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 233).

Em outras palavras, os contratos da Administração podem ser contratos privados (isto é: compra e venda, locação, doação, comodato) e contratos administrativos, sendo certo que nesta última espécie estão abrangidos os contratos administrativos típicos (contratos que não possuem correspondente no Direito Privado, como concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público) e os contratos administrativos atípicos (aqueles que até têm paralelo no Direito Privado, mas que são regidos prevalentemente pelo Direito Público, v.g.: mandato, empréstimo, empreitada)¹¹.

O contrato administrativo, em regra, é consensual, formal, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*¹². O principal diploma legislativo que rege os contratos administrativos é a Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/1993).

Os contratos administrativos contam com disposições, implícitas ou explícitas, concedendo à Administração Pública privilégios em relação ao particular e, com isso, desequilibrando a relação contratual¹³. Com efeito, os contratos administrativos típicos, não obstante bilaterais e comutativos, não ostentam partes em equilíbrio, sendo o traço mais significativo desta desigualdade as já mencionadas cláusulas exorbitantes (ou cláusulas de privilégio) do contrato administrativo.

As cláusulas exorbitantes do contrato administrativo estão previstas na Lei de Licitações e Contratos e decorrem, especialmente, de alguns fundamentos essenciais do Direito Público, como o princípio da legalidade, o princípio da supremacia do interesse público, o princípio da continuidade do serviço público e o poder de autotutela da Administração Pública¹⁴.

11. Não obstante existam sensíveis diferenças entre os contratos privados firmados pela Administração Pública e os contratos administrativos típicos em relação ao objeto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz menção à “aplicação, a todos os contratos da Administração, das sujeições próprias do regime jurídico administrativo, e que têm por objetivo, basicamente, assegurar a observância da legalidade e o respeito ao interesse público” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 306). Na mesma linha: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 173.
12. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 234. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o contrato administrativo é marcado pelas características da imperatividade, existência, validade, eficácia, exequibilidade, executoriedade, bilateralidade, comutatividade, onerosidade, instabilidade e pessoalidade (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. item 38, p. 185).
13. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 235.
14. A maioria das cláusulas exorbitantes do contrato administrativo está prevista no art. 58 da Lei 8.666/1993. O referido texto legal é o seguinte: “O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos

A doutrina¹⁵ costuma elencar as seguintes cláusulas exorbitantes do contrato administrativo: (i) alteração unilateral do contrato; (ii) rescisão unilateral do contrato; (iii) inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido; (iv) fiscalização da execução do contrato; (v) aplicação de sanções; (vi) retomada do objeto do contrato; (vii) ocupação provisória; (viii) exigência de garantias; (ix) retenção de créditos do contratado; (x) poder-dever de invalidar o contrato administrativo; e (xi) manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

Estabelecidas algumas noções básicas sobre contratos administrativos e cláusulas exorbitantes, cumpre estabelecer três premissas fundamentais para o exame do tema da arbitralidade de cláusulas exorbitantes.

2.2. Três premissas fundamentais

2.2.1. *As normas cogentes no Direito Público são mais cogentes do que as normas cogentes no Direito Privado?*

Como se verá ao longo deste texto, a doutrina, que até hoje se manifestou sobre a (im)possibilidade de submissão à arbitragem de conflitos relacionados às cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, faz sempre menção a uma suposta natureza de “ordem pública” dessas cláusulas (seja lá o que isso queira dizer). Essa noção, com o devido respeito às opiniões divergentes, mostra a sempre tradicional tendência de hiperpublicização de tudo aquilo que se relacione ao Estado. A mais moderna doutrina publicista, porém, vem paulatinamente abandonando essa ideia, pautando-se em considerações menos abstratas (e teóricas) e mais concretas (e práticas).

As cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos não são “normas de ordem pública”, classe de normas que deve ficar limitadíssima a questões realmente de Estado e aos valores fundamentais da República (independência dos poderes, regime de governo, relações com outros Estados etc.). Assim, na melhor das hipóteses, as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos poderiam ser consideradas

especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III – fiscalizar-lhes a execução; IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. § 1º. As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. § 2º. Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”.

15. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 536-540.

como normas cogentes – o que, como se verá no próximo item, ainda assim é contestável. Por normas cogentes, entende-se aquelas normas que não podem ser alteradas pela vontade das partes, mesmo bilateralmente, mesmo por acordo. Opõem-se, pois, às normas dispositivas.

E aí surge uma questão interessante: ora, se as cláusulas exorbitantes são – como se admite para fins de argumentação – normas cogentes, isso significaria que elas não poderiam ser submetidas à arbitragem? Talvez o Direito Privado possa fornecer essa resposta, pois também no Direito Privado existem normas cogentes. Como se detalhará a seguir, ninguém ousaria duvidar de que as partes não podem, mesmo por consenso, tornar válido um negócio jurídico nulo (arts. 168 e 169 do Código Civil). Não podem renunciar à decadência legal (art. 209 do Código Civil). Não podem acordar cláusula penal compensatória em valor superior ao valor do contrato (art. 412 do Código Civil). Todas normas cogentes, do Direito Privado, insuscetíveis de alteração convencional.

Curiosamente, ninguém ousaria duvidar que a aplicação dessas normas é plenamente possível na arbitragem. Pode uma parte alegar que o negócio jurídico é nulo numa arbitragem e o tribunal arbitral, assim concordando, declarar a nulidade do negócio? Claro que sim. Pode uma parte arguir a ocorrência de decadência numa arbitragem e o tribunal arbitral, assim concordando, declarar extinto o direito da contraparte? Claro que sim. Pode, por fim, uma parte alegar que a cláusula penal compensatória excede o valor do contrato e, assim, requerer a sua anulação ou redução? Claro que sim. Todos esses exemplos – e há diversos outros no Código Civil e na Lei das S.A. – deixam cristalino que normas cogentes podem ser alegadas, discutidas e decididas na arbitragem.

Com efeito, o único modo coerente de dizer que as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos não seriam arbitráveis seria dizer que as normas cogentes do Direito Público são mais cogentes do que as normas cogentes do Direito Privado. Na ausência de dispositivo legal nesse sentido, a afirmação contrariaria qualquer noção de Teoria Geral do Direito. As normas cogentes são apenas cogentes, tanto no Direito Privado quanto no Direito Público, não havendo qualquer hierarquia entre elas. O que justifica essa visão, ainda muito impregnada na consciência da doutrina brasileira, não passa daquilo que se chamou de hiperpublicização de tudo que se relaciona ao Estado.

Não parece fazer muito sentido que a norma que estabelece que a Administração Pública possa alterar unilateralmente o contrato administrativo para aumentar o escopo contratual em 10% (art. 65, § 1º, da Lei de Licitações e Contratos) seja “mais cogente” do que a norma que permite ao particular alegar que seu contrato é nulo pela ilicitude do objeto (arts. 104, inciso II, e 166, inciso II, do Código Civil). Faz sentido que o sistema jurídico brasileiro dê mais relevância – a ponto de considerar “mais cogente” – a uma norma que permita a alteração do escopo de um contrato do

que a uma norma que considere ilegal o contrato cujo objeto seja ilícito? No nosso ponto de vista, essa distinção não faz sentido e nem está presente no ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira premissa, portanto, deste trabalho é a de que, ainda que as cláusulas exorbitantes sejam consideradas normas cogentes (o que se debate no próximo item), elas são normas cogentes tal como são cogentes várias normas no Direito Privado. Sendo assim, não faz sentido se valer da suposta natureza cogente das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos para afastar a sua arbitrabilidade, pois é assente na doutrina que normas cogentes podem ser submetidas à arbitragem¹⁶.

Portanto, a primeira premissa que desejam estabelecer é a seguinte: pouco importa se a norma cogente integra o Direito Público ou o Direito Privado, pois não há hierarquia entre normas cogentes, razão pela qual não é a natureza cogente da norma a ser aplicada que vai determinar se a causa é arbitrável ou não¹⁷. Em todos os casos, normas cogentes podem ser alegadas, debatidas e aplicadas na arbitragem, sendo plenamente arbitráveis¹⁸.

2.2.2. Obrigatoriedade das cláusulas exorbitantes em contratos administrativos?

No item anterior, partiu-se da noção de que as cláusulas exorbitantes do contrato administrativo são normas cogentes, mas, ainda assim, defendeu-se que isso em

16. MONTEIRO, Andre Luis; FICHTNER, Jose Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 256. No âmbito internacional, Gary Bron também leciona que “although public policies or mandatory laws require that particular substantive rules be applied, they do not necessarily preclude the arbitrability of those mandatory law claims; indeed, in the vast majority of cases, mandatory law and public policy claims and defenses are arbitrable” (BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer, 2014. p. 949). No Brasil, e relacionando a questão ao Direito Administrativo, Alexandre Santos de Aragão ensina que, “sendo juiz de fato e de direito, compete à corte arbitral não apenas decidir quanto à ocorrência ou não dos fatos narrados, mas, igualmente, aplicar todo o direito vigente, tanto as normas supletivas quanto as normas cogentes, de direito privado ou de direito público, a exemplo os atos editados pelas agências reguladoras” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Arbitragem e regulação*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Ed. RT, ano 7, v. 27, out.-dez. 2010. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br]. Acesso em: 16.06.2020).

17. MONTEIRO, Andre Luis; FICHTNER, Jose Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 257.

18. Nesse sentido, confira-se: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 44; GONÇALVES, Eduardo Damiano. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 164; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 81.

nada impediria que elas fossem submetidas à arbitragem. Afinal, como se disse, toda norma cogente, seja do Direito Público, seja do Direito Privado, pode ser objeto de decisão na arbitragem. Nesse item, contesta-se a noção de que as cláusulas exorbitantes são normas cogentes – *i.e.*, de aplicação mandatória pela Administração Pública –, defendendo-se a visão de que há sim certa disponibilidade do ente público no uso dessas cláusulas, o que reforça ainda mais a sua possibilidade de submissão à arbitragem. Vejamos.

Hely Lopes Meirelles explica que as cláusulas exorbitantes do contrato administrativo são cláusulas implícitas, ou seja, “consideram-se existentes mesmo que não escritas”, pois são disposições “reconhecidas à Administração como privilégios irrenunciáveis em suas contratações”¹⁹. A imposição legal das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos significaria que a Administração Pública, mesmo que quisesse, não poderia renunciar à incidência destas normas. Isso porque a aplicação destas cláusulas exorbitantes aos contratos administrativos decorreria de normas cogentes de Direito Público, como se mencionou no item anterior.

Nesse sentido, as cláusulas exorbitantes encontrariam sua justificação na supremacia do interesse público sobre o privado num contrato administrativo²⁰. No entanto, é preciso buscar o real sentido desse princípio, a fim de verificar se realmente legitima as cláusulas exorbitantes. O princípio da supremacia do interesse público de longa data é visto como fundamental à atuação do Estado²¹. Seguindo sua concepção tradicional, a Administração Pública deve atuar buscando a consecução do interesse público, não podendo os interesses puramente pessoais do ente público prevalecerem em face do primeiro²².

Apesar da importância dada à supremacia do interesse público, há autores que vêm questionando a aplicação de tal princípio no direito público pátrio. Sobre o tema, pode-se mencionar Daniel Sarmento, para quem há uma absoluta inadequação desse princípio à ordem jurídica brasileira, pois este se baseia numa errônea análise

19. MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 246.

20. José dos Santos Carvalho Filho, nessa linha, ensina que as cláusulas exorbitantes “são as prerrogativas especiais conferidas à Administração Pública na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 191.)

21. Celso Antônio Bandeira de Mello, acentuando a importância da supremacia do interesse público, afirma ser ela “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 66).

22. Novamente, Celso Antônio Bandeira de Mello: “Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (Idem).

da relação entre a pessoa humana e o Estado, bem como ignora o sistema constitucional vigente, em que há uma relevância destacada aos direitos fundamentais²³.

Além dele, destaque-se Humberto Ávila, para quem a supremacia do interesse público sequer pode ser considerada princípio, tendo em vista que sua concretização se dá por meio de uma regra abstrata de prevalência do interesse público, impedindo até mesmo a aplicação de métodos de ponderação a fim de definir o interesse a prevalecer²⁴. Ademais, para o referido autor, faltam elementos jurídico-positivos de validade ao suposto princípio, já que não decorre de uma interpretação sistemática do Direito. Ao contrário, da análise das normas constitucionais, vê-se uma importância tamanha aos direitos fundamentais, que Ávila sustenta que, se houvesse alguma regra abstrata de prevalência, essa seria em favor dos interesses privados²⁵.

Tendo em vista que não há uma definição normativa do que seja interesse público²⁶, entendemos que esse configura um conceito jurídico indeterminado, que deve ser concretizado pelos agentes públicos a partir dos direitos previstos na Constituição da República aos administrados, assim como a partir das missões instituídas à Administração Pública. Nessa linha, devem ser avaliadas as ponderações feitas pelo próprio constituinte, tendo em vista que já efetuou estas opções de proteção a interesses, bem como pelas realizadas pelo legislador infraconstitucional.

Dessa forma, o interesse público não é um sinônimo de razões de Estado, ou de interesse coletivo, porque isso seria até mesmo um conceito vazio. Com efeito, o interesse público corresponde às tarefas constitucionais e infraconstitucionais atribuídas ao Estado, não só em favor da coletividade, mas também aos membros do todo individualmente, sendo mais adequado falar-se em interesses públicos (no plural), tendo em vista que se está diante de diversos objetivos a serem cumpridos²⁷. É

23. SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 27 e 89.

24. ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 184-185.

25. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 186.

26. Odete Medauar também vê dificuldade na conceituação do interesse público (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 188). Na mesma linha, Marçal Justen Filho menciona não ser fácil definir o interesse público, entendendo tratar-se este de conceito jurídico indeterminado (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 36).

27. RODRIGUES, Marco Antonio. Ob. cit., p. 8.

preciso, pois, muito cuidado para que, no afã de se proteger um indefinível interesse público, não se acabe conferindo poderes ilimitados ao Estado que acabem justamente contrariando o melhor interesse público em jogo.

Ademais, cumpre notar que pode ser que nas situações concretas pode até mesmo haver interesses públicos conflitantes a atingir²⁸, como interesses de grupos sociais distintos.

Diante disso, fica evidente que o princípio da supremacia do interesse público não significa que os interesses estatais devem sempre prevalecer sobre os interesses dos administrados, mas que o interesse público, definido a partir da ponderação, deve prevalecer em certa atividade concreta sobre interesses isolados – sejam particulares, sejam estatais. Assim, sugere-se falar não em supremacia do interesse público sobre o privado, mas simplesmente em supremacia do interesse público, já que esse pode representar a proteção a um interesse de um ou alguns administrados apenas²⁹.

Nessa linha, o melhor interesse público no caso concreto pode representar a não previsão de uma cláusula exorbitante num contrato administrativo. Explica-se. Se tais cláusulas são previstas de maneira genérica na lei, a sua inserção pode até mesmo tornar o contrato mais oneroso, em prejuízo da eficiência, da economicidade e da própria moralidade administrativas. Por exemplo, nos contratos de concessão de serviço público, a reversão dos bens atrelados ao serviço é uma cláusula exorbitante, e está prevista nos arts. 22 e 36 da Lei 8.987/1995. Tal reversão gera um custo ao concessionário, que irá embuti-lo no contrato. No entanto, nem sempre a reversão dos bens é a medida mais eficiente, já que pode ser que a locação ou aquisição de bens novos para tanto seja mais vantajosa³⁰.

28. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit, p. 42.

29. RODRIGUES, Marco Antonio. Ob. cit., p. 11. Em sentido parcialmente semelhante, Marçal Justen Filho defende o interesse público como resultado do processo de produção e aplicação do direito. Em cada caso, então, será verificado como se configura o interesse público, sendo para o autor intangíveis os valores relacionados aos direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 45-46).

30. Nessa linha, Rafael Oliveira afirma: “A presença obrigatória de cláusulas exorbitantes em contratos administrativos pode acarretar consequências negativas para a eficiência administrativa. Isto porque as prerrogativas unilaterais em favor do Estado desequilibram a relação contratual, gerando insegurança e risco ao particular. Em consequência, o particular embutirá, naturalmente, o risco incerto em sua proposta apresentada durante o procedimento licitatório, elevando o preço a ser cobrado do poder público. Por essa razão, o dogma de que as cláusulas exorbitantes decorrem necessariamente da lei pode inviabilizar a eficiência administrativa” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-63, jan./abr. 2011).

Nesse mesmo sentido, Diogo de Figueiredo propõe uma revisão na obrigatoriedade das cláusulas exorbitantes. Para o autor, há necessidade de maior flexibilização no uso destas cláusulas, conferindo ao administrador público maior discricionariedade para tanto, conforme a contratação a ser realizada. Em seu ver, o abandono da expressão “cláusulas exorbitantes” é recomendado, eis que possui como base a ultrapassada teoria que lhe atribuía substantividade principiológica³¹.

Assim sendo, as cláusulas exorbitantes se justificam na supremacia do interesse público, mas esse não representa meramente a tutela a um interesse estatal, e sim aos melhores interesses públicos em jogo, o que demonstra que não é absoluta sua inclusão, e que não são irrenunciáveis. Num dado caso concreto, pois, o ente público pode abrir mão de inserir uma cláusula exorbitante no contrato administrativo (ainda na fase prévia à contratação) ou mesmo abrir mão de invocar a sua aplicação no curso do contrato (na fase de execução do contrato).

Com efeito, a segunda premissa que desejamos estabelecer é a seguinte: há certa dose de disponibilidade do ente público no uso de cláusulas exorbitantes, tanto na fase de negociação quanto na fase de execução do contrato administrativo, o que afasta, em definitivo, concepções de que a suposta natureza “de ordem pública” das cláusulas exorbitantes tornaria a matéria inarbitrável.

2.2.3. Os três níveis de análise das cláusulas exorbitantes

Como se verá em detalhes mais adiante, a doutrina que até então enfrentou o tema da arbitrabilidade de cláusulas exorbitantes divide a análise dessas cláusulas em apenas dois níveis, sendo um deles a análise do mérito administrativo e o outro a análise das consequências patrimoniais da aplicação dessas cláusulas. De acordo com a doutrina majoritária, o exame do mérito administrativo seria inarbitrável, enquanto o exame das consequências patrimoniais seria arbitrável.

Parece-nos que haja algo a acrescentar nessa temática. Entendemos que os níveis de análise de cláusulas exorbitantes não são apenas dois, mas sim três. Além da análise do mérito administrativo – ou seja, da conveniência e oportunidade do ente público em aplicar uma cláusula exorbitante – e da análise das consequências patrimoniais – *i.e.*, dos eventuais prejuízos econômicos causados ao particular pela aplicação de uma cláusula exorbitante –, há um nível intermediário entre esses dois, que consiste na análise da legalidade do uso das cláusulas exorbitantes. Vejamos um exemplo prático.

31. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 571-592.

Imagina-se que num contrato de obra, o ente público entenda que é preciso aumentar o seu escopo em 30%, o que evidentemente causará um aumento do custo da obra para o particular e, assim, ensejará o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Fazendo uso da cláusula exorbitante que lhe permite alterar unilateralmente o contrato, o ente público comunica o particular dessa alteração contratual.

Pois bem. O primeiro nível de análise é o do mérito administrativo, que, neste caso, consistirá no juízo de conveniência e oportunidade do ente público em decidir pelo aumento do escopo do contrato. Segundo a doutrina majoritária, trata-se de temática inarbitrável. O terceiro nível de análise são as consequências econômicas daí advindas, o que no caso concreto será a elevação do preço do contrato em favor do particular para compensar o aumento do custo. Segundo a doutrina unânime, matéria arbitrável.

O que sugerimos é a inclusão de um segundo nível de análise, exatamente entre o primeiro e o terceiro, consistente na análise da legalidade do uso da cláusula exorbitante. Assim, como se sabe, a Lei de Licitações e Contratos limita a prerrogativa estatal de aumentar o escopo do contrato de obra a 25%, de modo que a decisão administrativa de elevar em 30% o escopo do contrato é, em princípio, ilegal. Isso permite ao particular requerer tanto a anulação do ato administrativo quanto a modificação do ato administrativo, com o fim de reduzir-lhe o alcance para os patamares legais. Conforme detalharemos adiante, cumpre saber se esse segundo nível de análise é arbitrável ou não.

Diante do que expusemos, a terceira premissa que desejamos estabelecer é a seguinte: as cláusulas exorbitantes do contrato administrativo requerem três níveis de análise, o primeiro deles a respeito do mérito administrativo, o segundo deles se relaciona à legalidade na aplicação dessas cláusulas e, por fim, o terceiro deles diz respeito às consequências patrimoniais daí decorrentes.

2.3. Arbitrabilidade e cláusulas exorbitantes do contrato administrativo

2.3.1. Exame da doutrina

Como se narrou supra, muito em razão de uma concepção de que as cláusulas exorbitantes seriam obrigatórias nos ajustes administrativos, o que levaria à sua irrenunciabilidade pela Administração Pública, parcela da doutrina entende que estas disposições representam matéria inarbitrável. Não seria possível, segundo essa linha, submeter à arbitragem a discussão a respeito da interpretação e aplicação de cláusulas exorbitantes do contrato administrativo, pois estas disposições estariam relacionadas a direito indisponível.

Essa linha de entendimento varia desde aqueles que consideram que não é possível de nenhum modo submeter cláusulas exorbitantes à arbitragem, até aqueles que

entendem que apenas as consequências econômicas de sua aplicação são arbitráveis. Há espaço nessa divergência, ainda, para quem considera que essas cláusulas poderiam sim ser submetidas à arbitragem, mas desde que conhecidas incidentalmente pelos árbitros, e não como pedido principal. O tema comporta um exame detalhado desses entendimentos.

Escrevendo em 2007, Ivana Carolina Mariz Carvalho entende que “[...] no caso do Estado e das empresas estatais apenas não serão arbitráveis as matérias que envolvam essencialmente interesse público, ligadas à consecução de interesses primários, insuscetíveis, portanto, de transação”, sendo certo que “questões relativas a cláusulas exorbitantes existentes nos contratos administrativos esbarram em tal restrição”³². Isso porque, continua a autora, “tais cláusulas são aquelas em que conferem privilégios à Administração Pública, em função da predominância do interesse público sobre o particular”³³. A autora não menciona a possibilidade de levar à arbitragem as consequências patrimoniais do exercício de cláusulas exorbitantes³⁴.

Em 2004, José Emilio Nunes Pinto, interpretando a Lei de Parcerias Público-Privadas, manifestou sua posição considerando que “a questão relativa às matérias em que não será possível a utilização da arbitragem deverá ser analisada à luz de princípios gerais de Direito Administrativo quanto aos direitos indisponíveis”, sendo certo que, na visão do autor, “a arbitragem estaria excluída, apenas e tão somente, no que tange a controvérsias relativas a cláusulas exorbitantes do respectivo contrato”³⁵. Trata-se hoje do entendimento majoritário na doutrina.

32. CARVALHO, Ivana Carolina Mariz. *Possibilidade de utilização da arbitragem pela administração pública*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/51197/possibilidade-de-utilizacao-da-arbitragem-pela-administracao-publica]. Acesso em: 16.06.2020.

33. Idem.

34. Thiago Luís Sombra, em 2017, aduz que “no contrato administrativo, por exemplo, as cláusulas que objetivam o equilíbrio econômico-financeiro podem ser configuradas como direitos patrimoniais disponíveis da Administração e, por conseguinte, sujeitarem-se à arbitragem”. Isso porque, continua o autor, essas cláusulas de equilíbrio econômico “são cláusulas atinentes a atos de gestão do Poder Público, ao contrário das cláusulas exorbitantes que contemplam atos de império ou potestade”. Como se observa, o autor relaciona as cláusulas exorbitantes do contrato administrativo ao poder de império da Administração Pública e, assim, considera que elas não podem ser submetidas à arbitragem. O autor também não menciona a possibilidade de levar à arbitragem as consequências patrimoniais do exercício de cláusulas exorbitantes (SOMBRA, Thiago Luís. *Mitos, crenças e a mudança de paradigma da arbitragem com a administração pública*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, The Hague: Kluwer, v. 14, n. 54, 2017. p. 64).

35. PINTO, José Emilio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o estado e empresas estatais. *Revista brasileira de arbitragem*, The Hague, Kluwer, a. 1, v. 1, 2004. p. 23-24. Disponível em: [www.kluwerarbitration.com]. Acesso em: 16.06.2020. O autor detalha seu entendimento fazendo menção ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao fato

Compartilhando desse ponto de vista, Selma Ferreira Lemes, escrevendo em 2007, entende que

“[...] não são matérias que possam ser submetidas aos árbitros as decisões adotadas pela Administração quanto à pertinência ou legitimidade de particularidades dos contratos administrativos, tais como as que giram em torno das denominadas cláusulas exorbitantes, como a decisão de rescindir unilateralmente o contrato, a de rever seu objeto e escopo etc.”³⁶

Em seguida, a autora leciona, porém, que “nada impediria de o árbitro decidir sobre as consequências patrimoniais delas advindas, em especial para indenizar e recompor o equilíbrio econômico financeiro do contrato”³⁷.

do princípio e ao chamado fato da Administração: “De uma forma ou de outra, podemos incluir o equilíbrio econômico-financeiro juntamente com o fato do príncipe e o fato da administração dentre os eventos que determinam a mutabilidade da relação contratual, expressos em cláusulas exorbitantes e caracterizando-se, portanto, como direitos indisponíveis. Pois bem, somos de opinião que a determinação da existência ou não do direito de invocar o equilíbrio econômico financeiro se enquadra na categoria de direitos indisponíveis não sujeitos à arbitragem, mas, ao mesmo tempo, entendemos que a definição do mecanismo para que se restaure a equação inicial é direito disponível e, portanto, quaisquer controvérsias a ele relativas são passíveis de arbitragem, o que equivale dizer que o tratamento das consequências patrimoniais é matéria, a nosso ver, arbitrável” (PINTO, José Emilio Nunes. Op. cit., p. 18). Observe-se que, segundo José Emilio Nunes Pinto, o direito de a Administração Pública invocar ou não a incidência de uma cláusula exorbitante no contrato administrativo seria indisponível e, portanto, inarbitrável, mas as formas de recomposição patrimonial dos eventuais prejuízos sofridos pelo particular poderiam ser submetidas à arbitragem. O autor resume seu ponto de vista explicando que “as controvérsias relativas a cláusulas exorbitantes não darão lugar à arbitragem por se caracterizarem como direitos indisponíveis, estando excluídas, portanto, do escopo da arbitrabilidade objetiva” (Idem).

36. LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 144.
37. Idem. Marcus Vinicius Armani Alves, em sua dissertação defendida em 2016, entende que “a consensualidade administrativa é uma das melhores formas de exercer a cidadania e de realizar os fins do Estado”, porém, continua o autor, “ela deve conviver com o poder do Estado de se valer de sua superioridade em situações autorizadas por lei, face ao indivíduo”. A partir disso, o autor afirma que “essas situações em que exerce o poder extroverso são, portanto, inarbitráveis, eis que tal poder é indisponível e tampouco pode ser transferido para outro (ALVES, Marcus Vinicius Armani. *A Fazenda Pública na arbitragem*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. Orientador: Prof. Marcelo José Magalhães Bonício. São Paulo: 2016 p. 173). Em relação especificamente às cláusulas exorbitantes, enquadradas no que o autor designa de poder extroverso, Marcus Vinicius Armani Alves afirma que “o exercício do poder extroverso de forma ilegal, abusiva ou que gere um dano é ato ilícito praticado pelo Estado”, sendo certo que “tais atos ilícitos, quando possuem consequências, ainda que morais, são reparáveis e podem ser objeto de arbitragem” (ALVES, Marcus Vinicius Armani. Op. cit., p. 173-174). Como se observa, o autor também entende que apenas as consequências patrimoniais do exercício de cláusulas exorbitantes podem ser levadas à arbitragem.

Num primeiro momento, Rafael Carvalho Rezende Oliveira afirma que “a estipulação de cláusulas exorbitantes nos contratos da Administração não obsta a utilização da arbitragem”. Em seguida, porém, baseando-se na obra de Selma Ferreira Lemes³⁸, o autor limita a atuação do árbitro, considerando que, nesse caso, “o árbitro decidirá sobre os efeitos patrimoniais oriundos da efetivação das referidas cláusulas”³⁹.

Em 2019, Bruno Lopes Megna tratou do tema sob a perspectiva do mérito do ato administrativo. Referindo-se às cláusulas exorbitantes do contrato administrativo, o autor aduz que, “na medida em que essas cláusulas encerram hipóteses nas quais a Administração exerce sua discricionariedade administrativa, seu conteúdo está imune à modificação jurisdicional”, de modo que “ao árbitro, assim como ao juiz, caberá apenas julgar sobre as repercussões patrimoniais daí decorrentes”⁴⁰. Além da divisão entre cláusulas econômicas e cláusulas regulamentares, o autor parte da premissa de que a análise das cláusulas exorbitantes comporta dois níveis de análise: mérito administrativo e consequências patrimoniais⁴¹.

Dando um passo além no debate, Érico Andrade e Gustavo Magalhães, escrevendo em 2020, consideram que os árbitros podem examinar, incidentalmente, a correção de aplicação de cláusulas exorbitantes para, ao julgar o pedido principal, decidir sobre os efeitos econômicos dos atos tomados pelos entes públicos⁴². Os autores admitem a

38. LEMES, Selma M. Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 144.

39. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, NDJ, ano 33, n. 1, jan. 2017, p. 34. Também o autor considera que apenas as consequências patrimoniais do exercício de cláusulas exorbitantes podem ser levadas à arbitragem.

40. MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 263.

41. Escrevendo em 2020, João Pedro Accioly entende que, “no campo da Administração Pública, a disponibilidade deve ser entendida como suscetibilidade de contratualização” (ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade objetiva dos conflitos com a administração pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, The Hague, Kluwer, v. 17, n. 65, 2020. p. 24). Em seguida, tratando especificamente das cláusulas exorbitantes, o autor afirma que, “mesmo partindo da premissa de que as cláusulas exorbitantes são negocialmente insuprimíveis, é preciso admitir a arbitrabilidade dos seus reflexos pecuniários”, de modo que “embora não possa o particular contratado anular a decisão administrativa de rescindir ou modificar o pacto perante o tribunal arbitral, pode ele buscar obter ou majorar justa compensação financeira em face dela” (ACCIOLY, João Pedro. Op. cit., p. 25). Trata-se, pois, de mais um exemplo de autor que considera arbitrável somente os efeitos patrimoniais decorrentes do exercício de cláusulas exorbitantes.

42. Confira-se, nesse sentido, o entendimento dos autores: “O árbitro, para decidir sobre a temática patrimonial disponível, ou seja, dos valores econômicos devidos em razão da atuação das partes no âmbito do contrato de concessão (em todos os exemplos mencionados

análise incidental das cláusulas exorbitantes pelos árbitros, para fins de averiguar as consequências econômicas sobre o parceiro privado, mas não como pedido principal, para fins de ver o ato administrativo que as aplica anulado pelos árbitros.

2.3.2. *Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

2.3.2.1. *Corsán-Corviam vs. Metrô*

Ao que se tem notícia, o Poder Judiciário efetivamente analisou a arbitrabilidade de cláusulas exorbitantes apenas em dois casos, ambos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No caso *Corsán-Corviam vs. Metrô*, a contratada ingressou com demanda judicial requerendo a concessão de tutela provisória para que fossem suspensas as sanções administrativas aplicadas pela Administração Pública (multa acima de R\$ 20 milhões e declaração de idoneidade para participar de futuras licitações), até que o assunto fosse debatido na arbitragem decorrente da cláusula compromissória inserida no contrato administrativo firmado entre as partes (Linha 4 – Amarela – Fase 2, do metrô paulistano).

Ao julgar recurso interposto contra a decisão de primeiro grau, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu, primeiramente, com apoio na doutrina de Marçal Justen Filho, que “a sanção administrativa pode ser considerada como manifestação do poder de polícia”. A decisão mencionou expressamente o inciso IV do art. 58 da Lei 8.666/93, segundo o qual “o regime jurídico dos contratos administrativos instituído

anteriormente), pode examinar a adequação da conduta administrativa sob os aspectos ligados à legalidade da atuação administrativa e à eventual adequação da sanção aplicada, em avaliação que pode ser feita *incidenter tantum* para análise do cenário indenizatório ou de quantificação da penalidade, e até mesmo eliminar o débito decorrente da penalidade em razão da inadequação jurídica da sua aplicação (não era, por exemplo, caso de decadência contratual ou legalmente fixada; ou por não se ter oportunizado ao concessionário a sanção das falhas: art. 38, § 2º, Lei 8.987/95)” (ANDRADE, Érico; MAGALHÃES, Gustavo. Arbitragem e Administração Pública: limites e possibilidades de arbitrabilidade nos contratos de concessão (Leis 8.987/1995 e 11.079/2004). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Ed. RT, v. 65, abr.-jun. 2020. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br]. Acesso em: 16.06.2020). Nesse caso, continuam os autores, “o árbitro pode analisar, de forma incidental, a atuação administrativa, não para anular ou declarar a nulidade da conduta como objeto do pedido, mas, sim, para avaliar a subsistência ou não do aspecto patrimonial” (Idem). Segundo os autores, essa análise incidental pelo tribunal arbitral não significaria “invadir a seara de exercício de poder ou da atuação estatal pautada por ‘cláusulas exorbitantes’, pois “o poder foi exercido e se trata, agora, de avaliar sua adequação legal, adequação a exercício de poder vinculado, como é o caso do poder sancionador, de forma incidental, para decidir se subsiste ou não o aspecto patrimonial objeto da arbitragem” (Idem).

por esta Lei confere à Administração [...] a prerrogativa de [...] aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste”. Trata-se de cláusula exorbitante.

Em seguida, o Tribunal considerou que “inegável parece ser não poder a arbitragem funcionar como mecanismo impeditivo de exercitar a requerida o poder de polícia”, pois a Administração Pública tem a prerrogativa de executar as cláusulas exorbitantes diretamente, isto é, sem a necessidade de prévia autorização do tribunal arbitral (princípio da autoexecutoriedade). A decisão afirma que não caberia a suspensão das sanções administrativas impostas até que as divergências entre as partes fossem decididas pelo tribunal arbitral, pois “esta mesma arbitragem não poderá exercitar, por indelegável, o poder de polícia fiscalizador e punitivo passível de ser exercido nos moldes dos arts. 58, IV, e 87, ambos da Lei Federal 8.666/93”.

O acórdão registra, ainda, que

“[...] o principal direito da Administração, além dos consubstanciados nas cláusulas contratuais e nos regulamentos próprios da espécie, visando à obtenção do objeto do contrato, é o de exercer as suas prerrogativas diretamente, isto é, sem a intervenção da arbitragem”.

Como se observa, a decisão se concentra em saber se a existência de cláusula compromissória no contrato administrativo impediria a Administração Pública de fazer uso das prerrogativas que lhe confere a lei por meio das cláusulas exorbitantes, em especial aplicar sanções administrativas.

Em seguida, o Tribunal de Justiça aduz que “cabe ao contratado recorrer sempre que não concordar com as prestações da Administração e não lograr compor-se amigavelmente com ela”, razão pela qual não se poderia condicionar o exercício do poder de polícia da Administração Pública à arbitragem. Em trecho auspicioso, o Tribunal paulista explica que o ato administrativo que corporifica o poder de polícia – imposição das sanções administrativas – fica, porém, “sob fundamentação passível de revisão na arbitragem e que, revista que seja, levará à necessidade de desconstituição do quanto restar concretizado pelo poder de polícia exercitado”⁴³.

O que cumpre destacar para os fins deste ensaio é que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, não apenas estabeleceu que a Administração Pública não fica impedida de se valer de cláusulas exorbitantes porque o contrato administrativo contém cláusula compromissória (o que estamos de acordo), como também deixou claro que, posteriormente, a aplicação dessas cláusulas poderá ser objeto – pedido principal, e não apenas incidentalmente – de avaliação pelo tribunal arbitral. Em outras palavras, nessa segunda parte, a decisão expressamente admitiu a arbitrabilidade do exame da legalidade de cláusulas exorbitantes na arbitragem.

43. TJSP, 8ª CDPriv., AI 2215845-35.2015.8.26.0000, Des. Ponte Neto, j. 16.12.2015.

2.3.2.2. Franca vs. SABESP

No outro caso que se tem notícia a respeito da análise de cláusulas exorbitantes na arbitragem, o Tribunal de Justiça de São Paulo examinou medida cautelar proposta pela Franca Expansão em face da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP. A requerente narrou que firmou “contrato de concessão do direito de superfície ou da permissão qualificada de uso e acesso das áreas para a execução de obras”, por meio do qual deveria executar obras que depois seriam locadas à requerente.

Em determinado momento, as partes passaram a divergir sobre a assinatura de um aditivo ao contrato que poderia impactar na concessão do financiamento do projeto pela Caixa Econômica Federal à SABESP. Diante da alegada ameaça da SABESP de imposição de sanções previstas no contrato, a Franca requereu

“[...] que a Sabesp seja proibida de imputar penalidades contra a Franca Expansão S.A. no âmbito do contrato de concessão enquanto não for regularizado o Contrato de Financiamento com a CEF e não forem liberadas as parcelas do financiamento já aprovadas pela CEF”.

O pedido de liminar foi indeferido em primeiro grau e mantido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em seguida, a Franca iniciou arbitragem contra a SABESP perante a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP e pediu que “os autos fossem remetidos” ao tribunal arbitral para que este reexaminasse a medida cautelar solicitada. O processo judicial foi, então, extinto. Contra essa sentença terminativa, a Sabesp interpôs recurso de apelação, alegando, entre outras coisas, que “a matéria em discussão possui cunho indisponível e está sujeita à jurisdição estatal”, pois o caso versaria sobre poder de império do ente público, em particular o poder de fiscalização, o que é uma cláusula exorbitante.

O Tribunal de Justiça, em sua decisão, destacou que

“[...] a arbitragem pode ser utilizada para resolução de diversos conflitos de natureza patrimonial surgidos no âmbito de contrato administrativo, mas a arbitragem não é adequada para solucionar questões atinentes a direitos indisponíveis previstos em um contrato administrativo.”

Em seguida, a decisão relaciona o exame de cláusulas exorbitantes a prerrogativas de Direito Público, tudo isso para concluir que

“[...] a fiscalização da execução do contrato, a aplicação direta de sanções e as restrições à oposição da exceção do contrato não cumprido são prerrogativas de direito público da administração contratante (cláusulas exorbitantes), configurando direito indisponível”,

de modo que “a matéria não deve ser submetida ao juízo arbitral, que poderá dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis apenas”⁴⁴. Aparentemente havia também um debate a respeito do momento em que o tribunal arbitral poderia analisar eventual sanção imposta pelo ente público (se poderia ser uma exame prévio à imposição ou apenas posterior), mas a decisão não examina esse aspecto.

Como se observa, neste caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo disse expressamente que a fiscalização e a aplicação de sanções – cláusulas exorbitantes – representariam direito indisponível e, assim, não poderiam ser debatidas em arbitragem, o que representa uma conclusão bem mais restritiva do que aquela mencionada no caso anterior. É interessante observar que a decisão faz menção – e inclusive transcreve a ementa – ao caso *Corsán-Corviam vs. Metrô*, como se ambas estivessem alinhadas. Segundo nos parece, porém, as conclusões são bem diferentes.

Como se mostrou anteriormente, no caso *Corsán-Corviam vs. Metrô*, o Tribunal apenas disse que o poder do ente público de fiscalizar e impor sanções não estaria obstado pela presença de uma cláusula compromissória no contrato administrativo, tal como ocorre quando há uma previsão de cláusula de eleição de foro. Tanto num caso como no outro, a Administração Pública não precisa pedir ao tribunal arbitral ou ao Poder Judiciário autorização para fiscalizar ou impor sanções, pois isso decorre das cláusulas exorbitantes previstas em lei. Essa conclusão, em nossa visão, está correta.

E em seguida a decisão expressamente afirmou que se o particular não concordar com a imposição das sanções ele poderá iniciar arbitragem, que poderá levar “à necessidade de desconstituição do quanto restar concretizado pelo poder de polícia exercitado”⁴⁵. Ou seja, a decisão em momento algum afirma a inarbitrabilidade do controle de cláusulas exorbitantes na arbitragem. Muito ao contrário, o julgado expressamente afirma que isso é possível, permitindo a desconstituição do ato administrativo por decisão do tribunal arbitral. Trata-se do nosso ponto de vista.

No caso *Franca vs. SABESP*, a conclusão é completamente diferente, pois não se admite o reexame pelo tribunal arbitral da decisão administrativa que impôs as sanções administrativas, sob o fundamento de que se trata de matéria indisponível. Não concordamos com essa conclusão. O Tribunal de Justiça ainda avançou sobre o mérito da causa e concluiu, ao final, que “deve ser afastada a determinação de remessa ao juízo arbitral e, no mérito, improvido o pedido inicial da medida cautelar”⁴⁶.

Parece-nos lícito dizer que o Tribunal de Justiça de São Paulo chegou a conclusões diametralmente opostas nos casos *Corsán-Corviam vs. Metrô* e *Franca vs. SABESP*.

44. TJSP, 5ª CDPriv., AI 1016607-87.2015.8.26.0053, Des. Maria Laura Tavares, j. 01.08.2016.

45. TJSP, 8ª CDPriv., AI 2215845-35.2015.8.26.0000, Des. Ponte Neto, j. 16.12.2015.

46. TJSP, 5ª CDPriv., AI 1016607-87.2015.8.26.0053, Des. Maria Laura Tavares, j. 01.08.2016.

Admitir, como no primeiro caso, que a decisão administrativa que impõe a sanção esteja “sob fundamentação passível de revisão na arbitragem e que, revista que seja, levará à necessidade de desconstituição”⁴⁷ é completamente diferente de dizer, como no segundo caso, que “a aplicação direta de sanções [...] são prerrogativas de direito público da administração contratante (cláusulas exorbitantes)” que “não deve ser submetida ao juízo arbitral”. Decisões, pois, contraditórias, não obstante não seja simples perceber a contradição.

2.3.3. *Nossa posição*

Entendemos que as cláusulas exorbitantes do contrato administrativo podem ser objeto de arbitragem, tanto no que diz à sua interpretação e aplicação (controle da legalidade), quanto no que diz respeito às repercussões patrimoniais daí decorrentes. Conforme se estabeleceu como uma de nossas premissas, parece-nos que há três níveis de análise de cláusulas exorbitantes, que podem ser enumerados do mais restrito ao mais amplo: (i) análise do mérito administrativo (ou seja, se a cláusula exorbitante deve ou não ser aplicada); (ii) análise da legalidade (ou seja, aplicada, se o ente público cumpriu ou não os requisitos legais); e (iii) análise das consequências patrimoniais (ou seja, eventuais prejuízos causados ao particular pela sua aplicação, legal ou não).

O debate na doutrina tem se limitado aos primeiro (em que não se admite a análise) e terceiro níveis (em que amplamente se admite a análise). O que nos interessa neste trabalho é justamente explorar esse segundo nível de análise, ou seja, explorar a possibilidade de análise na via arbitral da legalidade da aplicação de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, de modo que o tribunal arbitral possa, caso considere ilegal o ato administrativo que aplica a cláusula, anulá-lo.

Conforme já mencionamos, parece-nos que a posição generalizada no sentido da inarbitrabilidade do debate a respeito da aplicação das cláusulas exorbitantes na arbitragem parte de premissas que não estamos de acordo, em especial a premissa segundo a qual as cláusulas exorbitantes seriam normas de império e que, por conseguinte, não seriam suscetíveis de serem submetidas à arbitragem, nem mesmo quanto à análise da legalidade da sua aplicação pelo ente público.

É importante reiterar que as cláusulas exorbitantes do contrato administrativo não são absolutas, podendo ser objeto de avaliação quanto ao melhor interesse público em sua inclusão ou não no ajuste, bem como em sua aplicação ou não no curso do contrato. Isso significa, como já explicado, que as cláusulas exorbitantes estão submetidas a uma certa dose de disponibilidade por parte do ente público, que

47. TJSP, 8ª CDPPriv., AI 2215845-35.2015.8.26.0000, Des. Ponte Neto, j. 16.12.2015.

pode – caso assim seja melhor para o atingimento do interesse público – dispensar justificadamente a sua aplicação no caso concreto. Ora, se o ente público tem a prerrogativa de optar entre aplicar ou não uma cláusula exorbitante, não faz sentido que se considere essas cláusulas cogentes, a ponto de tornar o debate a seu respeito inarbitrável.

Ainda, porém, que as cláusulas exorbitantes fossem normas cogentes, nem por isso se poderia dizer que há inarbitrabilidade. Trata-se do mesmo fenômeno que ocorre com a submissão à arbitragem de controvérsia a respeito da decadência legal (arts. 209 e 210 do Código Civil), dos limites da cláusula penal compensatória (art. 412 do Código Civil), e da declaração de nulidade de determinada cláusula contratual (arts. 168, parágrafo único, e 169 do Código Civil). O conceito de disponibilidade na arbitragem não é igual àquele empregado no Direito Privado, mas sim mais amplo, de modo que é plenamente admitido o exame na arbitragem de normas que não podem ser alteradas pelas partes⁴⁸.

Nesse contexto, vale destacar o Decreto 10.025/2019, que dispõe sobre as arbitragens nos setores de infraestrutura e, em seu artigo 2º, parágrafo único, cuida do objeto da arbitragem, prevendo que, “para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras [...], o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo”. Portanto, vê-se que, de forma não exaustiva, o próprio Decreto institui que as questões referentes a inadimplemento contratual e aplicação de sanções – *i.e.*, poder de sanção – são arbitráveis, o que pode ser estendido de maneira ampliativa para todas as cláusulas exorbitantes.

É importante mencionar também que cláusulas exorbitantes de contratos administrativos já foram submetidas à arbitragem no Brasil, sob as regras da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Tratou-se do caso *Newfield vs. ANP* (CCI 14.543), cujo tribunal arbitral foi formado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coárbitro nomeado pela Requerente), Arnoldo Wald (coárbitro nomeado pela Requerida) e Carlos Augusto da Silveira Lobo (árbitro presidente indicado pelos coárbitros, com o consentimento das partes).

Os árbitros enfrentaram divergência surgida entre as partes na implementação do contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural. A empresa concessionária *Newfield* não obteve a licença do IBAMA para explorar a área concedida e pleiteou o desfazimento do contrato administrativo e a condenação da ANP ao pagamento de indenização por perdas e danos. O tribunal arbitral enfrentou as alegações de licitação com objeto impossível, fato da Administração, fato do príncipe, força

48. MONTEIRO, Andre Luis; FICHTNER, Jose Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 250-253.

maior e, ao final, julgou extinto o contrato administrativo e condenou a ANP ao pagamento em favor da *Newfield*, a título de danos emergentes, do valor de US\$ 240,000.00 (duzentos e quarenta mil dólares)⁴⁹. A ANP cumpriu, espontaneamente, a decisão⁵⁰.

Importante destacar, também, que a legalidade da aplicação das cláusulas exorbitantes não foge do controle judicial. Em âmbito judicial, a análise da aplicação de cláusulas exorbitantes é ampla (ressalvados, de acordo com o entendimento tradicional, os casos que dizem respeito ao mérito do ato administrativo). Ora, o processo judicial não é o único meio para a persecução do interesse público – e muitas vezes não é o mais adequado⁵¹. Por isso, não parece correto que apenas judicialmente seja possível tal controle de legalidade (*lato sensu*, ou seja, constitucionalidade e legalidade *stricto sensu*), já que os limites cognitivos impostos aos árbitros são os mesmos impostos ao Poder Judiciário nessa área.

Se a Administração Pública optou pelo uso da arbitragem é porque ponderou ser esse o meio mais adequado para a solução das controvérsias que viessem a surgir naquela relação contratual. Logo, deve ser cabível a análise pelo árbitro da aplicação das cláusulas de privilégio, sob o ângulo da legalidade. Até porque não faz nenhum sentido imaginar que o ente público e o parceiro privado pretenderam que suas controvérsias fossem analisadas em foros paralelos, na via judicial (questões que digam respeito a cláusulas exorbitantes) e na via arbitral (toda a sorte de outras questões que não se relacionem com cláusulas exorbitantes, ou mesmo os impactos patrimoniais da aplicação destas).

Ao se seguir essa equivocada suposição, e dado o grande número de cláusulas exorbitantes previstas na legislação, há o risco de que para cada contrato administrativo se tenha que instaurar dois processos paralelos, um processo judicial para o exame da legalidade das cláusulas exorbitantes e um processo arbitral para todo o resto. Em que medida essa dualidade atenderia ao interesse público? Em nenhuma, em nossa visão. E isso pode inclusive ser utilizado tanto pelo ente público como pelo parceiro privado para criar embaraços numa arbitragem cujo resultado final já pareça desfavorável.

49. A sentença arbitral foi publicada na *Revista de Arbitragem e Mediação* (São Paulo, Ed. RT, a. 9, v. 39, out./dez. de 2013).

50. Conforme esclareceu a Coordenação da Revista, “a importância da decisão arbitral decorre de nela ser parte a ANP, autarquia federal, e de ter a ANP admitido as consequências da decisão”.

51. Conforme o segundo autor já pode esclarecer em outro trabalho, “o fato de o interesse público ser indisponível não representa a indisponibilidade dos meios para atingi-lo, e, por conseguinte, do processo judicial, que se constitui num desses meios. Deve o administrador efetuar um juízo de proporcionalidade, a fim de avaliar se a arbitragem é o método mais adequado para a solução de controvérsias relativas a determinado contrato” (RODRIGUES, Marco Antonio. Op. cit., p. 388).

Conforme se examinará no próximo item, a aplicação pela Administração Pública das cláusulas exorbitantes do contrato administrativo confere ao particular o direito de questioná-las, caso tenham sido invocadas em infringência ao ordenamento jurídico e/ou caso tenham importado em prejuízo ao particular. Na hipótese de o contrato administrativo conter cláusula compromissória, o debate a respeito da legalidade da aplicação das cláusulas exorbitantes, bem como dos eventuais prejuízos que a aplicação destas cláusulas possa ter causado ao particular, pode muito bem ser realizado na arbitragem. Cumpre destacar, assim, alguns exemplos que demonstram como estas cláusulas exorbitantes podem ser questionadas no processo arbitral.

2.4. *Exame na arbitragem da interpretação e da execução de cláusulas exorbitantes do contrato administrativo, bem como das repercussões econômicas daí decorrentes*

2.4.1. *Ato administrativo e contrato administrativo*

Antes de examinar qualquer uma das cláusulas exorbitantes, cumpre afirmar, valendo-se da lição de Hely Lopes Meirelles, que “as cláusulas dos contratos de Direito Público equivalem a atos administrativos”⁵².

As lições supra expostas deixam claro que se deve fixar uma outra premissa bastante importante, consistente na equiparação das cláusulas dos contratos administrativos – inclusive as cláusulas exorbitantes – aos atos administrativos. Isso é importante porque permite aplicar com perfeição toda a argumentação desenvolvida a respeito da possibilidade de controle jurisdicional do ato administrativo, em todos os seus elementos, aos contratos administrativos, inclusive nos que diz respeito às suas cláusulas exorbitantes. Há, por evidente, particularidades dos contratos administrativos que ampliam o leque de controle das cláusulas exorbitantes, seja na seara judicial, seja no âmbito arbitral, mas a regra geral é a mesma.

Conforme se enumerou anteriormente, costuma-se identificar como cláusulas exorbitantes do contrato administrativo, a partir do texto da Lei de Licitações e Contratos, a alteração unilateral do contrato (art. 58, I, e art. 65), a rescisão unilateral do contrato (art. 58, II, c/c art. 79, I, e art. 78, I a XII e XVII), a inoponibilidade da

52. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 242. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, esclarece que “o contrato administrativo, tanto quanto o ato administrativo, deverá conformar-se duplamente ao Direito: à legislação e ao interesse público” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 231). Assim, consoante leciona Miguel Seabra Fagundes, “aos atos administrativos contratuais se aplica o que vimos de expor a propósito dos atos administrativos em geral” (FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. Atualização de Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 95).

exceção de contrato não cumprido, a fiscalização da execução do contrato (art. 58, III, e art. 67), a aplicação de sanções (art. 58, IV), a retomada do objeto do contrato, a ocupação provisória, a exigência de garantias (art. 56), a retenção de créditos do contratado, o poder-dever de invalidar o contrato administrativo (art. 59 e Enunciado 473 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵³) e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Além das previsões da Lei n. 8.666/93, também são encontradas cláusulas exorbitantes na Lei de Concessões (Lei n. 8.987/95) e da Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079/04).

Nos próximos itens, procura-se examinar os contornos de algumas das principais cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos e enfrentar a possibilidade de submeter eventuais controvérsias a respeito de sua interpretação e aplicação à arbitragem, bem como as repercussões econômicas daí advindas.

2.4.2. *Alteração unilateral do contrato administrativo*

2.4.2.1. Requisitos legais

Uma das principais cláusulas exorbitantes do contrato administrativo é a faculdade conferida à Administração Pública de alterar unilateralmente o ajuste. Esta possibilidade decorre da chamada mutualidade do contrato administrativo e constitui umas das expressões, na prática, da álea administrativa⁵⁴. Em princípio, nenhum particular pode avocar o direito a uma relação contratual estável com a Administração Pública, pois impera nestes tipos de ajustes o dinamismo do ambiente administrativo⁵⁵.

53. O Enunciado 473 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece o seguinte: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

54. Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que a álea administrativa “abrange três modalidades: a) uma decorrente do poder de alteração unilateral do contrato administrativo, para atendimento do interesse público; por ela responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido; b) a outra corresponde ao chamado fato do príncipe, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido; c) a terceira constitui o fato da Administração, entendido como ‘toda conduta ou comportamento desta que torne impossível, para o cocontratante particular, a execução do contrato’ (escola, 1977, v. I:434); ou, de forma mais completa, é ‘toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução’ (Hely Lopes Meirelles, 2003:233)” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 324).

55. Referindo-se tanto à hipótese de alteração unilateral do contrato quanto ao caso de rescisão unilateral, Hely Lopes Meirelles explica o seguinte: “Alteração e rescisão unilaterais: o poder

A prerrogativa de alterar unilateralmente o contrato está prevista, especialmente, no inciso I do art. 58 da Lei 8.666/1993, segundo o qual

“[...] o regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de [...] modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado.”

Desnecessário lembrar que a Administração Pública pode alterar unilateralmente o contrato administrativo *sponte sua*, ou seja, sem qualquer necessidade de requerer esta modificação ao Poder Judiciário ou, caso as partes tenham firmado convenção de arbitragem, ao tribunal arbitral. Trata-se do exercício do poder-dever de autotutela.

A alteração unilateral do contrato administrativo pode ser qualitativa ou quantitativa, conforme se extrai das alíneas “a” e “b” do inciso I do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos. De modo a preservar os interesses do particular no contexto do mutualismo do contrato administrativo, o § 2º do art. 58 da Lei dispõe que, em caso de alteração unilateral do ajuste, “as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”. Com este mesmo espírito, o § 6º do art. 65 do mesmo diploma legal estabelece que, “em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”⁵⁶⁻⁵⁷.

de alteração e rescisão unilaterais do contrato administrativo é inerente à Administração, pelo que podem ser feitas ainda que não previstas expressamente em lei ou consignadas em cláusula contratual. Assim, nenhum particular, ao contratar com a Administração, adquire direito à imutabilidade do contrato ou à sua execução integral ou, ainda, às suas vantagens *in specie*, porque isso equivaleria a subordinar o interesse público ao interesse privado do contratado. O poder de modificação unilateral do contrato administrativo constitui preceito de ordem pública, não podendo a Administração renunciar previamente à faculdade de exercê-lo, como, muito acertadamente, sustentam Jêze e Bonnard” (MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 236).

56. Hely Lopes Meirelles, a respeito deste ponto, leciona o seguinte: “Na interpretação do contrato administrativo não se pode negar, portanto, o direito de a Administração alterar as cláusulas regulamentares para atender ao interesse público, mas, por outro lado, não se pode também deixar de reconhecer a necessidade do equilíbrio financeiro e da reciprocidade e equivalência nos direitos e obrigações das partes, devendo-se compensar a supremacia da Administração com as vantagens econômicas estabelecidas no contrato em favor do particular contratado” (MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 242).
57. Em disposição mais detalhada, o § 1º desse mesmo art. 65 da Lei de Licitações e Contratos estabelece, inclusive, percentuais limítrofes à alteração unilateral do contrato administrativo, consoante o qual “o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25%

Evidentemente que, para que a prerrogativa de alterar unilateralmente o contrato administrativo seja exercida legitimamente, o ordenamento jurídico impõe não apenas o respeito à legalidade e o atingimento da finalidade pública, mas também determina o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, de modo que o particular não seja prejudicado financeiramente.

2.4.2.2. Controle na arbitragem

Todos estes aspectos retromencionados podem ser objeto de análise jurisdicional, não apenas no âmbito do Poder Judiciário, mas também no âmbito do processo arbitral, caso, nesta última hipótese, as partes tenham firmado cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Isso significa, em primeiro lugar, que a alteração unilateral do contrato administrativo pode ser objeto de controle no que diz respeito aos cinco elementos do ato administrativo, isto é, sujeito (ou competência), forma, finalidade, objeto (ou conteúdo) e motivo⁵⁸. Da mesma forma que pode haver análise sobre o motivo e a finalidade, a alteração unilateral do contrato administrativo pode se sujeitar a controle jurisdicional se ordenada por sujeito incompetente ou em violação à forma legal. A

(vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos”. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de congrega estas previsões em um julgado: “É lícito à Administração Pública proceder à alteração unilateral do contrato em duas hipóteses: (a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica; (b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto (Lei 8.666/93, art. 65, I, *a e b*). O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos (Lei 8.666/93, art. 65, § 1º). O poder de alterar unilateralmente o ajuste representa uma prerrogativa à disposição da Administração para concretizar o interesse público. Não se constitui em arbitrariedade nem fonte de enriquecimento ilícito. A modificação quantitativa do valor contratado (acréscimo/supressão) deve corresponder, em igual medida, à alteração das obrigações dos sujeitos da relação jurídica (Administração Pública e particular), ou seja, a variação do preço deve guardar uma relação direta de proporcionalidade com aumento/diminuição do objeto, sob pena de desequilíbrio econômico-financeiro, enriquecimento sem causa e frustração da própria licitação” (STJ, 1ª T., REsp 666.878/RJ, Min. Denise Arruda, j. em 12.06.2007, *DJe* de 29.06.2007).

58. Consoante leciona José dos Santos Carvalho Filho, a alteração unilateral do contrato administrativo “não pode ser empregada por arbítrio ou por outros interesses escusos, nem pode retratar desvio de finalidade para causar gravame ao contratado”. Em seguida, o autor afirma que “sempre será sindicável, administrativa ou judicialmente, o motivo pelo qual se considerou necessária a alteração” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 192).

análise de legalidade e de legitimidade dos elementos do ato que determina a alteração unilateral do contrato administrativo pode ser feita não apenas perante o Poder Judiciário, mas também na arbitragem, pois a matéria é arbitrável.

A alteração unilateral do contrato administrativo, ademais, também pode ser controlada sob o ângulo do atendimento aos requisitos do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos. Dessa forma, imagina-se que a Administração Pública imponha uma alteração unilateral a determinado contrato administrativo com base na Lei n. 8.666/93, referente a acréscimo nas obras, que ultrapasse o limite de 25% do valor atualizado do contrato. Trata-se de alteração contratual que não pode ser imposta unilateralmente ao particular, pois viola frontalmente os dispositivos de lei regentes da matéria. Evidentemente que, neste caso, o particular poderá iniciar arbitragem buscando a anulação desta alteração unilateral.

Destaque-se, ainda, que a eventual ilegalidade da alteração unilateral do contrato administrativo representa matéria de mérito da causa, razão pela qual não há qualquer vício em incluir este debate no escopo da cláusula compromissória, do compromisso arbitral ou do termo de arbitragem. Da mesma forma, como se trata de matéria de mérito da causa, o tribunal arbitral pode exercer o controle da alteração unilateral com base em sua livre convicção, atentando-se, evidentemente, às normas legais incidentes na espécie, tal como o faria o juiz togado. Ao final, respeitado o devido processo legal, o tribunal arbitral poderá proferir sentença de mérito, julgando procedente o pedido para anular a alteração unilateral do contrato, ou prolatar sentença de mérito julgando improcedente o pedido e, assim, confirmando a alteração contratual.

2.4.3. *Rescisão unilateral do contrato administrativo*

2.4.3.1. Por inadimplemento culposo do contratado

2.4.3.1.1. Requisitos legais

A rescisão do contrato administrativo pode efetivar-se por ato unilateral da Administração, por acordo entre as partes (rescisão amigável), por decisão jurisdicional ou por declaração da ocorrência de fato previsto como extintivo do contrato (rescisão de pleno direito)⁵⁹. Examina-se neste item a rescisão por ato unilateral da

59. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 270. Segundo Hely Lopes Meirelles, “rescisão é o desfazimento do contrato durante sua execução por inadimplência de uma das partes, pela superveniência de eventos que impeçam ou tornem inconveniente o prosseguimento do ajuste ou pela ocorrência de fatos que acarretem seu rompimento de pleno direito” (Idem). Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “a rescisão é a extinção prematura do contrato administrativo motivada pelo inadimplemento de suas cláusulas ou de condições de execução que venham prescritas em lei ou em ato normativo a que remeta o instrumento contratual”

Administração Pública. Trata-se, novamente, de decorrência da inerente mutualidade dos ajustes administrativos⁶⁰.

A rescisão unilateral do contrato administrativo pode se dar por inadimplemento ou por interesse público. No caso de rescisão unilateral por inadimplemento, pode haver culpa do contratado (quando ele, por exemplo, age com negligência, imprudência ou imperícia na execução do objeto contratual) ou pode não haver culpa do contratado (hipóteses de fato do príncipe, caso fortuito, força maior, fato da Administração ou teoria da imprevisão). Já no caso de rescisão unilateral por interesse público, nunca há culpa do contratado⁶¹. Neste item, cumpre examinar a hipótese de rescisão unilateral do contrato administrativo por inadimplemento contratual com culpa do contratado, prevista no inciso I do art. 58 da Lei 8.666/1993.

O ato administrativo impositivo da rescisão unilateral⁶² deverá explicar o estado em que se encontra o objeto do contrato e indicar, também, o motivo que embasou a decisão extintiva da relação contratual⁶³, o que se extrai também do § 1º do art. 79 da

(MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 233). Há divergência na doutrina a respeito do uso do termo “rescisão”, mas, por questões didáticas, preferimos utilizá-lo, já que boa parte da doutrina e da jurisprudência fazem uso dele.

60. Segundo Hely Lopes Meirelles, “nenhum particular, ao contratar com a Administração, adquire direito à imutabilidade do contrato ou à sua execução integral ou, ainda, às suas vantagens *in specie*, porque isso equivaleria a subordinar o interesse público ao interesse privado do contratado” (MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 236).
61. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 270-271.
62. Hely Lopes Meirelles leciona que a rescisão unilateral do contrato administrativo por culpa do contratado serve de sanção, “obrigando o contratado à reparação do dano e autorizando a Administração a utilizar as garantias e a reter os créditos do inadimplente para pagar-se dos prejuízos decorrentes da inexecução, bem como a lhe aplicar outras sanções administrativas, inclusive a suspensão provisória e até mesmo a declaração de inidoneidade para novas contratações, tal seja o grau de sua culpa” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 272). Trata-se daquilo que determinam os arts. 80 e 87 da Lei de Licitações e Contratos.
63. Hely Lopes Meirelles afirma que o ato deve expor detalhadamente a justa causa: “A rescisão unilateral ou rescisão administrativa [...] pode ocorrer tanto por inadimplência do contratante como por interesse público na cessação da normal execução do contrato, mas em ambos os casos exige justa causa, contraditório e ampla defesa, para o rompimento do ajuste, pois não é ato discricionário, mas vinculado aos motivos que a norma ou as cláusulas contratuais consignam como ensejadores desse excepcional distrato” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 271). Diogo de Figueiredo Moreira Neto, não obstante também afirme que é necessário expor os motivos, afirma que se trata de ato discricionário: “Por referir-se a considerações de interesse público, a denúncia é ato discricionário, embora deva ser praticado sob rigorosa motivação da

Lei 8.666/93. Exige-se, pois, não apenas a explicação do motivo, mas também a fundamentação da decisão administrativa no sentido da rescisão unilateral⁶⁴.

Isso significa, em outras palavras, que a rescisão unilateral pela Administração Pública está vinculada àquelas causas descritas no art. 78 da Lei 8.666/1993⁶⁵, sendo certo que o ato administrativo que desencadear a rescisão deve explicitar detalhadamente as circunstâncias de fato que admitem a invocação de uma ou mais destas causas legais para o desfazimento do vínculo contratual administrativo⁶⁶.

2.4.3.1.2. Controle na arbitragem

A partir do resumo retrodescrito, verifica-se que a rescisão unilateral do contrato administrativo pela Administração Pública deve preencher uma série de requisitos legais genéricos (como qualquer ato administrativo) e específicos (previstos especialmente nos arts. 78 e 79 da Lei de Licitações e Contratos)⁶⁷.

Caso as partes tenham celebrado convenção de arbitragem, o debate a respeito da legalidade do ato administrativo de rescisão do contrato pode muito bem ser travado no processo arbitral. A parte interessada poderá, primeiramente, alegar algum vício

conveniência e da oportunidade de levar-se ou não a termo um determinado contrato, e, apenas diante dessa consideração, ter-se-á a denúncia executória” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 232).

64. A respeito da distinção entre motivo e motivação do ato administrativo, consulte-se: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 112-116.
65. Consoante já teve oportunidade de decidir o Superior Tribunal de Justiça, “a legislação fixa a possibilidade de que o contrato administrativo seja rescindido unilateralmente pela conveniência da administração (art. 78, *caput*, da Lei n. 8.666/93); no entanto, a prerrogativa deve observar estritamente as hipóteses previstas no art. 78, da Lei de Licitações e Contratos” (STJ, 2ª T., RMS 27.759/SP, Min. Humberto Martins, j. em 14.09.2010, *DJe* de 24.09.2010).
66. O parágrafo único deste art. 78 da Lei dispõe, ademais, que “os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa”. Em outras palavras, a normativa aplicável exige para essas hipóteses a instauração de prévio procedimento administrativo, em que sejam assegurados o devido processo legal e o amplo exercício do direito de defesa por parte do contratado. Como se verá adiante, há divergência na jurisprudência a respeito da necessidade de se observar o princípio do contraditório no procedimento administrativo destinado a rescindir unilateralmente o contrato administrativo por “razões de interesse público”, mas, nos demais casos, a observância ao devido processo legal é obrigatória, como nas hipóteses de rescisão unilateral por inadimplemento com culpa do contratado.
67. Em todos esses casos, conforme leciona Hely Lopes Meirelles, “o particular contratado, não se conformando com a decisão administrativa final, poderá recorrer às vias judiciais em defesa de seus direitos” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 271).

genérico relacionado aos cinco elementos do ato administrativo (sujeito ou competência, forma, finalidade, objeto ou conteúdo e motivo), como ausência de competência administrativa daquele que editou o ato administrativo, infringência à forma prescrita em lei para edição do ato, desvio de finalidade etc.

Poderá, ademais, requerer a anulação da rescisão unilateral perante o tribunal arbitral pela eventual violação ao devido processo legal, quando, por exemplo, o ato de extinção do ajuste contratual seja tomado sem a abertura de prévio procedimento administrativo e, por conseguinte, sem permitir ao particular uma oportunidade adequada para o oferecimento de defesa. Essas matérias são plenamente arbitráveis.

O particular poderá, também, iniciar arbitragem para buscar a anulação do ato administrativo que decreta a rescisão unilateral do contrato em razão de alguma ilegalidade específica prevista nos arts. 78 e 79 da Lei 8.666/1993. Essa ilegalidade tanto pode decorrer do não enquadramento dos fatos nestes dispositivos legais como pode ser resultando de uma infringência direta aos textos destas normas.

2.4.3.2. Rescisão unilateral por inadimplemento sem culpa do contratado: fato do príncipe, caso fortuito, força maior, fato da Administração e teoria da imprevisão

2.4.3.2.1. Requisitos legais

O contrato administrativo também pode ser rescindido unilateralmente por inadimplemento sem que haja culpa do contratado. Trata-se das hipóteses de fato do príncipe, caso fortuito, força maior, fato da Administração e teoria da imprevisão⁶⁸. Por limitação de espaço, preferimos focar no fato do príncipe.

Segundo a doutrina, há duas previsões na Lei de Licitações e Contratos a respeito do fato do príncipe, uma na alínea “d” do inciso II do art. 65⁶⁹ e a outra no § 5º desse

68. O fato do príncipe, segundo Diógenes Gasparini, “é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral e imprevisível ou previsível mas de consequências incalculáveis, que onera extraordinariamente ou que impede a execução do contrato e obriga a Administração Pública a compensar integralmente os prejuízos suportados pelo contratante particular” (GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 821).

69. Seguindo esta linha, Celso Antonio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 638), Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 548) e Diógenes Gasparini (GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 664). Este dispositivo estatui que o contrato administrativo poderá ser alterado pela vontade das partes “para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou

mesmo dispositivo⁷⁰. Há relevante dissenso na doutrina administrativista consistente em saber se o fato do príncipe se caracterizaria apenas quando a determinação estatal fosse emanada dentro da mesma esfera de governo em que celebrado o contrato administrativo ou se esta situação estaria configurada mesmo se a determinação partisse de órgão não pertencente à esfera de governo em que o contrato foi firmado⁷¹.

O fato do príncipe⁷² pode ocasionar o mero desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato administrativo ou mesmo impossibilitar a sua consecução⁷³.

impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

70. Neste sentido, Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 215) e Diógenes Gasparini (GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 664). Este dispositivo estatui que “quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso”.
71. Adotando a primeira corrente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que, “no direito brasileiro, de regime federativo, a teoria do fato do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pelo fato do príncipe for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 326). Também assim, Diógenes Gasparini (GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 663). Em sentido contrário, filiando-se à segunda corrente, José dos Santos Carvalho Filho entende que “o ‘príncipe’ é o Estado ou qualquer de suas manifestações internas, de modo que nos parece aplicável a teoria se, por exemplo, um ato oriundo da União Federal atingir um particular que tenha contratado com um Estado-membro” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 211). No mesmo sentido, Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 548).
72. Um exemplo poderia ser a decisão oficial de alterar o salário mínimo, afetando, decisivamente, os custos do serviço de limpeza de edifícios públicos contratados com empresas especializadas neste mister (Exemplo de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 638). Imagine-se, ainda, que determinado particular tivesse celebrado contrato administrativo com o Estado de São Paulo e, posteriormente, o Governo Federal editasse uma medida provisória proibindo a importação de determinada matéria-prima fundamental para o cumprimento do referido ajuste administrativo (Exemplo de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 326). O aumento inesperado da carga tributária, onerando direta ou indiretamente o objeto do contrato administrativo, é também um exemplo bastante comum de caracterização do fato do príncipe, até porque conta com expressa previsão legal no § 5º do art. 65 da Lei 8.666/1993 (Exemplo de JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 548).
73. Tratando dessas duas consequências do fato do príncipe, explica José dos Santos Carvalho Filho: “A primeira é aquela em que o ato estatal dificulta e onera o particular para o cumprimento de suas obrigações; nesse caso, terá o particular o direito à revisão do preço para ensejar a restauração do equilíbrio contratual. Outra hipótese é aquela em que o fato impede definitivamente o particular de adimplir as obrigações. Impossibilitado de fazê-lo por motivo a que não deu causa, não pode ser por isso prejudicado, de modo que fará jus à indenização integral. Observe-se que, nesta segunda hipótese, a solução adotada difere da que se

No primeiro caso, o particular faz jus ao reequilíbrio desta equação, o que se faz normalmente a partir do aumento do preço pago. No segundo caso, pode-se rescindir o contrato administrativo, tanto por decisão unilateral da Administração Pública como mediante pedido do particular, na esfera judicial ou arbitral⁷⁴.

2.4.3.2.2. Controle na arbitragem

Em qualquer uma destas duas hipóteses retromencionadas, é plenamente possível a discussão no âmbito do processo arbitral, caso, evidentemente, as partes tenham firmado convenção de arbitragem.

Assim, imagine-se que o Governo Federal proíba a importação de matéria-prima essencial para a consecução do objeto do contrato administrativo firmado com determinado Estado-membro. O particular pode iniciar uma arbitragem requerendo o reconhecimento do fato do príncipe e, por conseguinte, a rescisão do contrato administrativo, com o integral ressarcimento dos prejuízos que sofreu. A Administração Pública pode, porém, se opor à rescisão contratual, alegando, por exemplo, que não se trata de matéria-prima indispensável, mas facilmente substituível.

Nesse caso hipotético, o tribunal arbitral, inclusive valendo-se de complexa perícia técnica, poderá reconhecer ou não a ocorrência do fato do príncipe e, por conseguinte, rescindir ou não o contrato administrativo, estabelecendo, em caso de desfazimento do vínculo contratual, a indenização devida pelo ente público ao particular. A matéria, em princípio, é plenamente arbitrável, razão pela qual não há que se falar em inarbitrabilidade da controvérsia⁷⁵.

aplica na teoria da imprevisão, como vimos anteriormente” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 211). Na mesma linha, também Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 189).

74. O Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de enfrentar, em dois recursos, a alegação de fato do príncipe em razão da suspensão, determinada pela Administração Pública, do contrato administrativo de construção da Nova Casa de Detenção do Carandiru. O contrato administrativo já havia sido firmado, mas a Administração Pública decidiu suspender a sua execução em razão da chacina ocorrida naquele complexo penitenciário pouco tempo depois. Os recursos são os seguintes: STJ, 2ª T., REsp 1.112.895/SP, Min. Mauro Campbell Marques, j. em 17.11.2009, *DJe* de 02.12.2009 e STJ, 2ª T., REsp 710.078/SP, Min. Mauro Campbell Marques, j. em 23.03.2010, *DJe* de 12.04.2010.
75. No caso *Newfield vs. ANP* (CCI 14.543), já mencionado anteriormente, o tribunal arbitral entendeu que “a doutrina aponta certos requisitos, essenciais para a configuração de um fato do príncipe, a saber: (i) deve prejudicar o equilíbrio econômico-financeiro ou impossibilitar, no todo ou em parte, o cumprimento de contrato administrativo; (ii) deve ter caráter genérico, não se considerando fato do príncipe a interferência específica no contrato por parte de outro órgão da Administração; (iii) deve ter sido praticado por autoridade pública inserida

Essa mesma solução se aplica igualmente, na grande maioria dos casos, para as hipóteses de caso fortuito, força maior, fato da Administração ou teoria da imprevisão (cláusula *rebus sic stantibus*). Surgida qualquer uma destas circunstâncias que podem levar à rescisão do contrato administrativo ou, ao menos, à necessidade de reequilibrá-lo econômica e financeiramente, as partes poderão submeter a questão à arbitragem, pois se trata de matéria plenamente arbitrável.

2.4.3.3. Rescisão unilateral por inadimplemento por razões de interesse público

2.4.3.3.1. Requisitos legais

Além da rescisão do contrato administrativo por inadimplemento, também há a hipótese de dissolução do vínculo por razões de interesse público, na forma do inciso I do art. 79 da Lei de Licitações e Contratos. O inciso XII do art. 78 da Lei, por sua vez, estatui que

“[...] constituem motivo para rescisão do contrato [...] razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato”⁷⁶,

na mesma ordem hierárquica do órgão contratante; e (iv) deve ser imprevisível”. Como o indeferimento da licença ambiental pelo IBAMA para exploração da área objeto do contrato administrativo não teve caráter genérico e não foi imprevisível, os árbitros rejeitaram a alegação de fato do príncipe. De toda forma, o que importa destacar a partir deste caso é o precedente na esfera arbitral em que uma cláusula exorbitante do contrato administrativo – o fato do príncipe – foi examinada na arbitragem, sem que isso pudesse dar ensejo a discussões a respeito da invalidade do *decisum* por uma suposta inarbitrabilidade da matéria.

76. Sobre essa hipótese, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ensina que, “por referir-se a considerações de interesse público, a denúncia é ato discricionário, embora deva ser praticado sob rigorosa motivação da conveniência e da oportunidade de levar-se ou não a termo um determinado contrato” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. item 52.2, p. 232). Segundo leciona o mesmo autor, nesse caso, a Administração Pública não precisa demonstrar qualquer ilegalidade do contrato administrativo ou o inadimplemento por parte do particular: “para decretar-se a denúncia do contrato administrativo não importa a existência de possíveis inadimplementos de normas legais ou de suas cláusulas, porque o interesse público que é suficientemente motivador do desfazimento não se refere ao descumprimento total ou parcial do contrato, mas a razões metajurídicas que suportam a própria conveniência de manter-se a relação contratual, daí a importância da adequada motivação” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. item 52.2, p. 232).

consagrando o parágrafo segundo do art. 79 da Lei de Licitações o direito do contratado ao ressarcimento de prejuízos⁷⁷.

Discute-se, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se há necessidade de garantia do direito de defesa do contratado em prévio procedimento administrativo nestes casos de rescisão unilateral do contrato administrativo por razões de interesse público⁷⁸. Há dúvida na doutrina, ainda, se, nesse caso de rescisão unilateral por razões de interesse público, o particular pode pretender anular o ato administrativo ou apenas lhe caberia discutir o valor da indenização⁷⁹.

2.4.3.3.2. Controle na arbitragem

Segundo nos parece, o ato administrativo que decreta a rescisão unilateral do contrato administrativo por razões de interesse público pode ser objeto de controle na arbitragem, caso as partes, obviamente, tenham firmado convenção de arbitragem.

-
77. Interpretando esta disposição, Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera que “a Administração fica obrigada a ressarcir o contratado dos prejuízos regularmente comprovados e, ainda, a devolver a garantia, pagas a prestações devidas até a data da rescisão e o custo da demobilização” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 318). O Superior Tribunal de Justiça já inclusive examinou o tema: “O entendimento proferido pelo Tribunal de origem encontra-se em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a rescisão do contrato administrativo por ato unilateral da Administração Pública, sob justificativa de interesse público, impõe ao contratante a obrigação de indenizar o contratado pelos prejuízos daí decorrentes, como tais considerados, não apenas os danos emergentes, mas também os lucros cessantes” (STJ, 2ª T., REsp 1.232.571/MA, Min. Mauro Campbell Marques, j. em 22.03.2011, *DJe* de 31.03.2011). Idem: STJ, 1ª S., EREsp 737.741/RJ, Min. Teori Albino Zavascki, j. em 12.11.2008, *DJe* de 21.08.2009.
78. Por um lado, o Tribunal já decidiu que, “independe de prévio procedimento administrativo a rescisão unilateral do contrato pela administração pública, vinculada, especificamente, a razões de interesse público” (STJ, 2ª T., REsp 1.223.306/PR, Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 08.11.2011, *DJe* de 02.12.2011). Em outra oportunidade, contudo, o Tribunal entendeu, porém, que, “na hipótese de rescisão por interesse público (art. 78, XII, da Lei n. 8.666/93), deve haver oportunidade de manifestação ao contratado” (STJ, 2ª T., RMS 27.759/SP, Min. Humberto Martins, j. em 14.09.2010, *DJe* de 24.09.2010). O parágrafo único do art. 78 da Lei – “os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa” – não parece deixar dúvidas de que há necessidade de se garantir o direito de defesa do contratado em prévio procedimento administrativo.
79. Hely Lopes Meirelles defende que “o contratado não poderá opor-se à medida, mas, não concordando com o valor da indenização, deverá recorrer às vias judiciais adequadas, pleiteando unicamente a justa reparação dos danos sofridos com a antecipada extinção do contrato” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 273). No mesmo sentido, Diógenes Gasparini (GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 860). Em sentido oposto, Marçal Justen Filho afirma que “a extinção de um contrato administrativo mediante invocação de ‘interesse público’ comporta ataque pelo interessado, inclusive para evidenciar a existência de vício no ato administrativo praticado” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 566).

Em primeiro lugar, o ato pode ser submetido a controle no processo arbitral em relação à legalidade e legitimidade de todos os seus elementos (sujeito ou competência, forma, finalidade, objeto ou conteúdo e ao motivo). No que diz respeito aos elementos vinculados, o tribunal arbitral poderá exercer sua convicção a partir dos elementos do processo e das normas jurídicas e, ao final, julgar procedente ou improcedente o pedido, decretando-se ou não a anulação da rescisão unilateral do contrato administrativo, a depender da ilegalidade ou ilegitimidade do ato, de acordo com as circunstâncias fáticas e probatórias do caso concreto.

Também é possível pleitear, na arbitragem, a anulação da rescisão unilateral do contrato administrativo por razões de interesse público quando não houver sido garantido o direito de defesa do contratado em prévio procedimento administrativo. Diante desta hipótese, o tribunal arbitral poderá anular o ato administrativo, determinando que outro seja editado após o respeito ao devido processo legal na seara administrativa. Por fim, o particular também poderá iniciar arbitragem para discutir as perdas e danos a que faz jus em razão da rescisão unilateral do contrato, matéria igualmente arbitrável. Também aqui o tribunal arbitral poderá julgar procedente o pedido para acolher o pleito de reparação defendido pelo particular em face da Administração Pública.

2.4.4. Aplicação de sanções administrativas na execução do contrato administrativo

2.4.4.1. Requisitos legais

A Administração Pública possui a prerrogativa de aplicar sanções administrativas ao particular na execução do contrato administrativo, na forma do inciso IV do art. 58 da Lei de Licitações e Contrato. A aplicação de sanções é uma decorrência do poder de fiscalização da execução do contrato administrativo e resulta na responsabilidade administrativa do contratado, que não se confunde com a responsabilidade civil e com a responsabilidade penal.

Os arts. 86 e 87 da Lei 8.666/1993 enumeram as sanções administrativas cabíveis no contrato administrativo: (i) advertência; (ii) multa; (iii) suspensão temporária de participação em licitação; (iv) impedimento de contratar com a Administração; e (v) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública⁸⁰. O poder de impor sanções é, portanto, outra cláusula exorbitante.

80. Conforme explica Hely Lopes Meirelles, “seria inútil o acompanhamento da execução contratual se, verificada a infração do contratado, não pudesse a Administração puni-lo pela falta cometida”, razão pela qual, “ao contratar, a Administração reserva-se implicitamente a faculdade de aplicar as penalidades contratuais e as legais, ainda que não previstas

O § 2º do art. 87 da Lei 8.666/1993 estatui que “as sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis”⁸¹. Dessa forma, a aplicação de sanções pela Administração Pública exige a abertura de prévio procedimento administrativo, em que se garanta o devido processo legal e o pleno exercício do direito de defesa pelo particular contratado⁸².

Além disso, a imposição da sanção administrativa deve atender, por óbvio, aos comandos constitucionais e legais incidentes, sob pena de arbitrariedade. Isso significa que o ato administrativo deve ser editado por órgão competente, observar a forma prescrita em lei, visar unicamente ao interesse público, possuir o suporte fático idealizado pela lei a autorizar a sua incidência, observar o dever de proporcionalidade etc.⁸³

O Superior Tribunal de Justiça já julgou diversos casos de possíveis ilegalidades na aplicação de sanção administrativa que, se as partes tivessem firmado convenção de arbitragem, poderiam ter sido solucionados na via arbitral⁸⁴. Cumpre destacar,

expressamente no contrato, independentemente de prévia intervenção do Poder Judiciário” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 240).

81. Interpretando a mencionada disposição, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que “a pena de multa pode ser aplicada juntamente com qualquer uma das outras (art. 87, § 22), ficando vedada, implicitamente, em qualquer outra hipótese, a acumulação de sanções administrativas” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 319). Celso Antonio Bandeira de Mello, em relação às modalidades de sanção à disposição da Administração Pública, leciona o seguinte: “Temos por certo que tanto a suspensão do direito de contratar quanto a declaração de inidoneidade [...] só podem ser aplicadas no caso dos atos tipificados na lei como crimes, pois não se admitiria seu cabimento em outras hipóteses sem que exista prévia descrição legal de outros casos de seu cabimento” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 634).
82. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 267) e Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 577).
83. Hely Lopes Meirelles ensina que, “se a responsabilização for ilegal, abusiva ou arbitrária, o interessado poderá opor-se a ela pelo recurso hierárquico ou pela via judicial adequada” (MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 267).
84. O Superior Tribunal de Justiça enfrentou e reafirmou sua jurisprudência no sentido da impossibilidade de a Administração Pública, a partir da aplicação da sanção administrativa de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar na área pública, rescindir outros contratos celebrados anteriormente à imposição desta penalidade. Em 2008, a Primeira Seção do Tribunal considerou, nesta hipótese, que a declaração de inidoneidade “só produz efeito para o futuro (efeito *ex nunc*), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento” (STJ, 1ª S., MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, j. em 14.05.2008, *DJe* de 09.12.2008). O

ainda, que sanções administrativas podem ser objeto de controle com base na sua razoabilidade. Nessa linha, lembre-se de decisão paradigmática do Superior Tribunal de Justiça a respeito da aplicação do princípio da razoabilidade na escolha da sanção administrativa a ser imposta ao particular⁸⁵. Entendeu-se que a mora do contratado não era qualificada a ponto de justificar o inadimplemento do contrato e, nessas circunstâncias, a imposição da grave penalidade de suspensão temporária de participação em licitação violava o princípio da razoabilidade.

2.4.4.2. Controle na arbitragem

Conforme já adiantado, entendemos que a aplicação de sanções administrativas ao particular em decorrência de eventuais inadimplementos ao contrato administrativo pode ser submetida à arbitragem, caso, evidentemente, as partes tenham firmado convenção de arbitragem, assim como, caso esta não tivesse sido pactuada, caberia o controle judicial do ato sancionador.

Superior Tribunal de Justiça também já teve oportunidade de entender que, “malgrado o descumprimento da cláusula de regularidade fiscal possa até ensejar, eventualmente e se for o caso, a rescisão do contrato, não poderá haver a retenção de pagamento dos valores devidos em razão de serviços já prestados”, pois “nem o art. 87 da Lei n. 8.666/1993 nem o item 7.3 do Decreto n. 2.745/1998, preveem a retenção do pagamento pelo serviços prestados como sanção pelo alegado defeito comportamental” (STJ, 4ª T., REsp 1.173.735/RN, Min. Luis Felipe Salomão, j. em 22.04.2014, *DJe* de 09.05.2014).

85. Primeiramente, o Tribunal destacou que “o art. 87, da Lei nº 8.666/93, não estabelece critérios claros e objetivos acerca das sanções decorrentes do descumprimento do contrato, mas por óbvio existe uma gradação acerca das penalidades previstas nos quatro incisos do dispositivo legal”. Em seguida, elaborou entendimento digno de nota: “Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade”. A partir disso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela “inexistência de demonstração de prejuízo para a Administração pelo atraso na entrega do objeto contratado”, bem como pela “aceitação implícita da Administração Pública ao receber parte da mercadoria com atraso, sem lançar nenhum protesto”, destacando que, apesar de o prazo de entrega do produto ser de 30 dias e de o particular somente ter cumprido a sua obrigação contratual nos prazos de 60 dias e 150 dias, o contrato foi integralmente adimplido e não houve “nenhuma demonstração de insatisfação e de prejuízo por parte da Administração” (STJ, 1ª T., REsp 914.087/RJ, Min. José Delgado, j. em 04.10.2007, *DJe* de 29.10.2007).

Com efeito, o particular pode pretender a anulação do ato administrativo que tenha imposto a sanção na hipótese de alguma ilegalidade em algum dos cinco elementos do ato administrativo (sujeito ou competência, forma, finalidade, objeto ou conteúdo e motivo). É plenamente possível, por exemplo, que o § 3º do art. 87 da Lei 8.666/1993⁸⁶ seja desrespeitado e o ato administrativo que tenha imposto a sanção administrativa seja passível de anulação por vício quanto ao sujeito (ausência de competência administrativa). O particular poderá alegar este vício na arbitragem e o tribunal arbitral poderá a anular a sanção administrativa com base neste fundamento⁸⁷.

Ademais, em que pese haja entendimento doutrinário contrário à arbitrabilidade relativamente às sanções aplicadas pelas agências reguladoras⁸⁸, manifestamos opinião diversa, caso algumas condições estejam atendidas. Assim, consideramos que, caso haja convenção de arbitragem celebrada entre a agência reguladora e o particular, bem como a sanção administrativa decorra do eventual inadimplemento de contrato administrativo, a questão poderá sim ser submetida à arbitragem. Consoante já esclarecemos em outras passagens, o conceito de disponibilidade que informa a noção de arbitrabilidade é mais amplo do que aquele empregado no Direito Privado.

A possibilidade de imposição de sanções administrativas é uma cláusula implícita – e, às vezes, explícita – dos contratos administrativos (cláusula exorbitante ou de privilégio), a respeito da qual o controle jurisdicional da legalidade e legitimidade pode ser feito na arbitragem, tal como qualquer outro aspecto da relação contratual.

-
86. Tal dispositivo estabelece, em relação às penalidades de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, que “a sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso”.
87. Imagine-se, ainda, que a Administração Pública tenha imposto ao particular uma sanção administrativa que não tenha previsão legal, como a retenção de pagamento dos serviços já prestados, examinada acima. Parece-nos que este ato administrativo viola claramente o princípio da legalidade e a Lei de Licitações e Contratos, razão pela qual o particular poderá iniciar arbitragem requerendo a anulação do ato administrativo com base nestes argumentos e o tribunal arbitral poderá, naturalmente, julgar procedente ou improcedente o pedido conforme sua convicção e as provas produzidas na arbitragem.
88. No que diz respeito à competência sancionatória das agências reguladoras, André Guskow Cardoso entende que “não parece viável submeter eventuais conflitos surgidos com o particular à solução pela via arbitral”, pois, continua o autor, “nessa hipótese, não se trata de direito disponível das partes” (CARDOSO, André Guskow. *As agências reguladoras e a arbitragem*. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31). Em outro trecho, o autor reafirma seu entendimento no sentido de que “a aplicação de sanções pelas agências reguladoras não pode ser revista em processo arbitral” (CARDOSO, André Guskow. *As agências reguladoras e a arbitragem*. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 32).

Não obstante se trate de prerrogativa conferida à Administração Pública por lei, nem por isso a matéria deixa de ser arbitrável. O que se revela fundamental é identificar o caráter patrimonial dessas medidas e a sua inserção no ambiente contratual da Administração Pública, conjunção de fatores suficiente para caracterizar a arbitrabilidade da matéria.

2.4.5. Inoponibilidade de alegação da exceção de contrato não cumprido

2.4.5.1. Requisitos legais

A chamada exceção de contrato não cumprido – *exceptio non adimpleti contractus* – é figura conhecida no Direito Privado, prevista no art. 476 do Código Civil. Trata-se de exceção material que permite a uma das partes do contrato deixar de cumprir a sua obrigação caso a outra parte já esteja inadimplente.

Classicamente, dizia-se que não se aplicava a exceção de contrato não cumprido nos contratos administrativos, pois essa defesa material seria incompatível com o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e o princípio da continuidade do serviço público⁸⁹. Restaria ao particular, em caso de inadimplemento dos entes públicos, requerer a rescisão judicial ou administrativa do contrato administrativo e continuar executando-o normalmente até que fosse dissolvido⁹⁰.

A Lei de Licitações e Contratos, porém, mitigou este entendimento, admitindo, nos incisos XIV e XV do art. 78 c/c § 2º do art. 79, a rescisão do contrato administrativo por iniciativa do particular contratado, inclusive com direito à indenização por perdas e danos, devolução da garantia, pagamentos devidos pelos serviços até então realizados, pagamento pelo custo de desmobilização⁹¹.

89. Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho leciona que “a doutrina clássica vinha entendendo que essa defesa não podia beneficiar o particular contratado pela Administração quando essa exigindo o cumprimento do contrato, não cumpria a sua própria obrigação” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 195).

90. De outro lado, é de se destacar, conforme leciona Hely Lopes Meirelles, que a Administração Pública “pode sempre arguir a exceção em seu favor, diante da inadimplência do particular contratado” (MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 239). Ou seja, a alegação de exceção de contrato não cumprido não pode ser utilizada pelo particular contratado, mas pode ser utilizada pela Administração Pública, coerentemente com a ideia de que este benefício em favor dos entes públicos está fundado no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e no princípio da continuidade do serviço público.

91. O inciso XV do art. 78 afirma que constitui motivo para rescisão “o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação”.

É de se destacar, contudo, que a doutrina moderna tem entendido que não é apenas nesses casos previstos na Lei de Licitações e Contratos que o particular contratado poderia fazer uso da exceção de contrato não cumprido, mas também quando estivesse envolvido em outras situações que não dissessem respeito a serviços públicos ou em que o inadimplemento da Administração Pública lhe causasse severos prejuízos ou impossibilitasse a execução do próprio contrato administrativo⁹². O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, compartilha do entendimento de que não é absoluta a proibição de o particular alegar exceção de contrato não cumprido perante a Administração Pública⁹³.

2.4.5.2. Controle na arbitragem

Em relação à arbitragem e considerando a hipótese de as partes terem firmado convenção de arbitragem, também não temos dúvida em afirmar que o tribunal arbitral pode examinar o cabimento da exceção de contrato não cumprido suscitada pelas partes, seja para entender que o particular deu causa à rescisão unilateral do contrato pela Administração Pública por conta da paralisação da execução do contrato administrativo, seja para entender que o particular faz jus à indenização por perdas e danos e demais consectários legais em razão do grave inadimplemento do ente público. A matéria é, em princípio, plenamente arbitrável.

92. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho, referindo-se ao prazo de 90 dias previsto no inciso XV do art. 78 *supra* transcrito, leciona que, “em situações especiais, se o prejudicado, mesmo antes desse prazo, ficar impedido de dar continuidade ao contrato por força da falta de pagamento, tem ele direito à rescisão do contrato com culpa da Administração” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 196).

93. Consoante consta da ementa de relevante julgado, “o Superior Tribunal de Justiça consagra entendimento no sentido de que a regra de não aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*, em sede de contrato administrativo, não é absoluta, tendo em vista que, após o advento da Lei 8.666/93, passou-se a permitir sua incidência, em certas circunstâncias, mormente na hipótese de atraso no pagamento, pela Administração Pública, por mais de noventa dias” (STJ, 1ª T., REsp 879.046/DF, Min. Denise Arruda, j. em 19.05.2009, DJe de 18.06.2009). Confira-se, ainda, neste sentido o seguinte julgado: “Com o advento da Lei 8.666/93, não tem mais sentido a discussão doutrinária sobre o cabimento ou não da inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração, ante o teor do art. 78, XV, do referido diploma legal. Por isso, despicienda a análise da questão sob o prisma do princípio da continuidade do serviço público. Se a Administração Pública deixou de efetuar os pagamentos devidos por mais de 90 (noventa) dias, pode o contratado, licitamente, suspender a execução do contrato, sendo desnecessária, nessa hipótese, a tutela jurisdicional porque o art. 78, XV, da Lei 8.666/93 lhe garante tal direito” (STJ, 2ª T., REsp 910.802/RJ, Min. Eliana Calmon, j. em 03.06.2008, DJe de 06.08.2008). Idem: STJ, 2ª T., AgRg no REsp 326.871/PR, Min. Humberto Martins, j. em 07.02.2008, DJe de 20.02.2008.

2.4.6. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato

2.4.6.1. Requisitos legais

Conforme já exposto em outras passagens, de modo a preservar os interesses do particular no contexto do mutualismo do contrato administrativo, o ordenamento jurídico brasileiro garante o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo em diversos dispositivos, constitucionais e legais, não se tratando de uma cláusula exorbitante, mas de direito que pode ser afetado pela aplicação de alguma destas⁹⁴.

Trata-se de garantia em favor do próprio contrato, prevista também no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República e em diversos dispositivos da Lei de Licitações e Contratos (art. 57, § 1º; art. 58, §§ 1º e 2º; art. 65, II, “d”, §§ 5º e 6º; e, por afinidade, o art. 40, XI e XIV, “a” e “c”)⁹⁵. Assim, sempre que houver um fato, imputável culposamente ou não à Administração Pública, que desequilibre a equação econômico-financeira do contrato administrativo, o particular tem o direito ao seu imediato reequilíbrio⁹⁶.

2.4.6.2. Controle na arbitragem

Todos os mecanismos técnicos e econômicos pensados para realizar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo também podem ser questionados.

94. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, valendo-se do inciso XXXVI do art. 5º da Constituição da República, “é um direito adquirido do contratado, de tal sorte que normas a ele sucessivas não poderiam afetá-lo” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 620).

95. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 619. Hely Lopes Meirelles ensina que “o equilíbrio financeiro, ou equilíbrio econômico, ou equação econômica, ou, ainda, equação financeira, do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste”, de modo que “essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento” (MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 237).

96. Marçal Justen Filho leciona que “existem três instrumentos jurídicos para a recomposição da equação econômico-financeira da contratação administrativa”, sendo certo que “são elas: a revisão de preços, o reajuste de preços e a repactuação de preços” (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 554). O autor faz menção, ainda, em relação aos contratos que envolvem delegação de serviço público, à redução dos encargos (v.g.: desincumbir o concessionário da realização de determinada obra) ou à ampliação das vantagens (por exemplo, permitir exploração publicitária de certos espaços públicos).

nados e submetidos à arbitragem. Trata-se de matéria plenamente arbitrável, o que ficou consagrado pelo artigo 2º, parágrafo único, do Decreto 10.025/2019, para os setores de infraestrutura. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo de tal Decreto, já teve oportunidade de decidir que controvérsias relacionadas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato possuem natureza eminentemente patrimonial e disponível, razão pela qual podem ser submetidas ao processo arbitral⁹⁷.

Assim sendo, caso o reequilíbrio pressuponha o exame de qualquer outra cláusula exorbitante do contrato administrativo – como, v.g., a alteração unilateral do contrato –, não nos parece haver dúvida, conforme ressaltado nos itens anteriores, que a questão pode ser submetida à arbitragem, pois tudo decorre, ao final e ao cabo, de uma relação contratual, bem como é o que se pode extrair do artigo 2º, parágrafo único, do Decreto 10.025/2019.

3. CONCLUSÃO

A arbitrabilidade objetiva de questões urgidas no âmbito dos contratos administrativos envolve a análise do que pode ser considerado direito patrimonial disponível, na forma do § 1º do artigo 1º da Lei da Arbitragem.

Embora haja respeitável entendimento doutrinário de que as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos não seriam arbitráveis, nossa posição é de que as cláusulas exorbitantes não se mostram infensas ao controle arbitral. Trata-se de questões contratuais, que podem ter a legalidade de sua aplicação controlada.

Afinal, as cláusulas exorbitantes, na melhor das hipóteses, não passam de normas cogentes, tal como aquelas que também existem no Direito Privado, cuja alegação, interpretação e aplicação na arbitragem é plenamente aceita. Além disso, a própria busca pelo interesse público – na concepção mais modernamente aceita – confere certa margem de disponibilidade à Administração Pública para incluir ou não cláusulas exorbitantes nos contratos (na fase de negociação) ou, ainda, invocá-las ou não (na fase de execução). Como se não bastasse, a indisponibilidade do interesse público não representa a imposição do uso da via judicial. O processo judicial é apenas um dos meios de tutela aos direitos, e que não necessariamente será o mais adequado.

97. Confira-se trecho do julgado: “A controvérsia estabelecida entre as partes – manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral” (STJ, 3ª T., REsp 904.813/PR, Min. Nancy Andrichi, j. em 20.10.2011, *DJe* de 28.02.2012).

Assim, a arbitragem pode ser o meio mais adequado para a análise de aspectos da relação contratual da Administração Pública com particulares, o que não se limita a cláusulas negociais puras, mas também às cláusulas exorbitantes e aos reflexos de sua aplicação sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Arbitrabilidade objetiva em conflitos com a Administração Pública, de João Pedro Accioly – *RT* 1017/47-92 (DTR\2020\8179);
- Arbitragem e Administração Pública um panorama global, de João Pedro Accioly – *RARB* 56/143-178 (DTR\2018\10268);
- O uso da arbitragem em demandas envolvendo contratos administrativos, de Tatiana Cristina Bezerra Salgado – *RTNE* 2/49-68 (DTR\2014\438); e
- Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos, de Luciano Benetti Timm, Thiago Tavares da Silva e Marcelo de Souza Richter – *RARB* 50/255-276 (DTR\2016\23899).

CONSIDERAÇÕES SOBRE A MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM À LUZ DA NOVA REGULAMENTAÇÃO DA DESAPROPRIAÇÃO

STATEMENT ABOUT THE MEDIATION AND ARBITRATION FOR THE NEW CONDEMNATION REGULATION

ANDRÉ LUIZ DOS SANTOS NAKAMURA

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Procurador do Estado de São Paulo. Professor em cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito. alsnadv@gmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Arbitragem; Civil

RESUMO: A previsão do uso da mediação e arbitragem nos processos de desapropriação por meio da Lei 13.867/2019, poderá proporcionar a solução rápida dos conflitos surgidos entre expropriante e expropriado. Necessário que se reinterprete o princípio da indisponibilidade do interesse público para que se admita a possibilidade de pagamentos maiores que os apurados em laudo de avaliação que, em determinadas hipóteses, podem se mostrar adequados, atendendo ao princípio da justa indenização pela Administração, visando à rápida obtenção do imóvel e o atendimento imediato do interesse público, com economia real de custos decorrentes da demora na conclusão dos processos judiciais. Na mediação, a qual se instrumentaliza por acordo entre as Partes, o pagamento da indenização na desapropriação deverá ser feito de forma direta, sem expedição de precatório. Já na arbitragem, se houver condenação em valor superior ao da oferta, a diferença deverá ser paga mediante o cumprimento da regra do art. 100 da Constituição Federal, ou seja, mediante precatório.

ABSTRACT: The provision for the use of mediation and arbitration in condemnations processes through Law 13,867 /2019 will provide a quick solution to conflicts arising between public authorities and owners of condemnee properties. It is necessary to reinterpret the principle of unavailability of the public interest in order to admit the possibility of payments higher than those calculated as adequate compensation by the Government, aiming at quickly obtaining the property and attending the public interest, with real savings of costs related to delays in the conclusion of court proceedings. In mediation, the payment of compensation for condemnations should be made without the need of a court order ("precatório"). In arbitration, if there is an order to pay an amount higher than the amount initially offered by the Government, this amount should be paid only after an order ("precatório") is issued.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem – Mediação – Desapropriação – Propriedade – Indenização.

KEYWORDS: Mediation – Arbitration – Condemnation – Property – Indemnification.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Disciplina legislativa da mediação e arbitragem na desapropriação. 2. Mediação e arbitragem. 3. O princípio da indisponibilidade e o valor da indenização na desapropriação. 4. Mediação e arbitragem na desapropriação e precatório. 4.1. Arbitragem nas desapropriações e precatórios. 4.2. Mediação na desapropriação e precatório. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

A Lei 13.867/2019 previu a possibilidade de utilização da mediação e arbitragem em casos de desapropriação. A arbitragem e a mediação poderão ser instrumentos eficientes para a rápida solução dos conflitos surgidos na desapropriação. Tal previsão poderá trazer grandes desafios para sua implementação.

Através da análise da legislação comparada, bem como da doutrina e jurisprudência, pretende-se elencar os desafios que deverão ser enfrentados para que a mediação e arbitragem na desapropriação possam ser efetivas no Brasil.

O primeiro desafio refere-se à inexistência de regulamentação administrativa sobre o assunto. A mediação pode resultar na disponibilidade de valores destinados ao pagamento das indenizações. Assim, será proposta uma forma de regulação do ente expropriante que permita aos agentes públicos realizarem transações na mediação, bem como na arbitragem nas desapropriações.

Em razão da inerente necessidade de concessões recíprocas na mediação na desapropriação, faz-se necessária a reinterpretação do conceito de indisponibilidade do interesse público.

Também, necessário situar a questão dos precatórios na desapropriação, tendo em vista o uso da mediação e arbitragem.

Por meio do método indutivo-dedutivo, este artigo irá discorrer sobre as novidades trazidas pela Lei 13.867/2019, as peculiaridades que informam a arbitragem e a mediação, bem como a apresentação de soluções e propostas visando à efetividade destes na desapropriação.

1. DISCIPLINA LEGISLATIVA DA MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NA DESAPROPRIAÇÃO

Segundo a disciplina trazida pela Lei 13.867/2019 a desapropriação deverá ser iniciada com a notificação do proprietário, onde lhe será apresentada a oferta de

indenização¹. A notificação conterà a cópia do ato de declaração de utilidade pública, planta ou descrição dos bens e suas confrontações, valor da oferta, bem como a informação de que o prazo para aceitar ou rejeitar a oferta é de 15 (quinze) dias e de que o silêncio será considerado rejeição.

Aceita a oferta e realizado o pagamento, será lavrado acordo, o qual será título hábil para a transcrição no registro de imóveis. Rejeitada a oferta, ou transcorrido o prazo sem manifestação, o poder público irá ajuizar a ação de desapropriação. Entretanto, prevê a lei que poderá ser feita a opção pela mediação ou pela via arbitral.

Segundo a disciplina da Lei 13.867/2019, o particular indicará um dos órgãos ou instituições especializados em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação². A mediação seguirá as normas da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, e, subsidiariamente, os regulamentos do órgão ou instituição responsável. Poderá ser eleita câmara de mediação instituída pelo poder público, nos termos do art. 32 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Por fim, prevê a lei que a arbitragem seguirá as normas da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, e, subsidiariamente, os regulamentos do órgão ou instituição responsável.

Apesar da inovação legislativa, já houve um precedente nada recente de uso da arbitragem na desapropriação. O Supremo Tribunal Federal, no ano de 1974, considerou válida cláusula que submeteu a pendência do valor a ser pago em decorrência da desapropriação realizada pela União de bens com as Organizações Lage, constituída por empresas privadas que se dedicavam à navegação, aos estaleiros e portos, e à arbitragem:

“Incorporação, bens e direitos das empresas organização Lage e do espólio de Henrique Lage. Juízo arbitral. Cláusula de irrecorribilidade. Juros da mora. Correção monetária. 1. Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a fazenda. Precedente do supremo tribunal federal. 2. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional. 3. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da Lei 4.414, de 1964. 4. Correção monetária concedida, pelo tribunal a quo, a partir da publicação da Lei 4.686, de 21.06.65. Decisão correta. 5. Agravo de instrumento a que se negou provimento³.”

O uso da arbitragem e mediação na desapropriação tem previsão em outros ordenamentos jurídicos. Em Portugal, o Código das Expropriações, Lei 168/99, prevê no

1. Art. 10-A do Decreto-lei 3.365/41, incluído pela Lei 13.867/2019.

2. Art. 10-B do Decreto-lei 3.365/41, incluído pela Lei 13.867/2019.

3. STF, AI 52.181, rel. Min. Bilac Pinto, Tribunal Pleno, julgado em 14.11.1973, DJ 15.02.1974, PP-00720 Ement Vol-00936-01 PP-00042.

item 2 do art. 6º que “na falta de acordo, o montante da compensação é determinado por arbitragem, nos termos previstos neste Código, com as necessárias adaptações”. Da mesma forma, o art. 38º prevê que, na falta de acordo sobre o valor da indenização, é este fixado por arbitragem, com recurso para os tribunais comuns. Na Espanha (Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa), é previsto o julgamento da desapropriação por um tribunal arbitral constituído por cinco integrantes:

“Artículo treinta y uno:

Si el propietario rechazara el precio fundado ofrecido por la Administración, se pasará el expediente de justiprecio al Jurado provincial de expropiación.”

“Artículo treinta y dos:

1. El Jurado provincial de expropiación, que se constituirá en cada capital de provincia, estará formado por un Presidente, que lo será el Magistrado que designe el Presidente de la audiencia correspondiente, y los siguientes cuatro vocales: a) Un Abogado del Estado de la respectiva Delegación Hacienda. b) Dos funcionarios técnicos designados por la Delegación de Hacienda de la provincia, que serán nombrados según la naturaleza de los bienes a expropiar. c) Por un representante de la Cámara Agraria Provincial, cuando la expropiación se refiera a propiedad rústica y en los demás casos, por un representante de la Cámara de la Propiedad Urbana; Cámara de Comercio, Industria y Navegación, Colegio profesional u Organización empresarial, según la índole de los bienes o derechos objeto de la expropiación. d) Un Notario de libre designación por el Decano del Colegio Notarial correspondiente. e) El Interventor territorial de la provincia o persona que legalmente le sustituya.

2. Se constituirán Jurados de expropiación en las ciudades de Ceuta y Melilla, de composición análoga a la expresada en los párrafos anteriores, y presididos por el Juez de Primera Instancia de cada una de dichas plazas.”

A primeira questão a ser enfrentada é se a mediação ou arbitragem seria um direito do expropriado ou se Administração Pública poderia, discricionariamente, escolher a via judicial para a desapropriação, mesmo que o expropriado optasse pela via extrajudicial.

Conforme disciplina a Lei 13.140/2015, “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação⁴”. Da mesma forma, dispõe a Lei 9.307/1996 que “a administração pública direta e indireta *poderá* utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis⁵”. Anote-se que o inciso V, do art. 10-A, do Decreto-lei 3.365/41 previa que a notificação a ser enviada para o

4. Art. 2º, § 2º.

5. Art. 1º, § 1º (destaque nosso).

expropriado deveria ter a “informação de que o proprietário pode optar por discutir o valor da indenização por meio de mediação ou pela via arbitral, com menção expressa à possibilidade de a indenização ser fixada em valor menor do que o inicialmente ofertado e indicação dos órgãos ou instituições aptos a realizar o respectivo procedimento”; tal dispositivo que poderia ser interpretado no sentido de que haveria um direito do expropriado em optar pela mediação ou arbitragem foi vetado⁶. Dessa forma, o poder público expropriante poderá, discricionariamente, recusar o procedimento da mediação ou arbitragem e optar pela via judicial; da mesma forma, mesmo que a mediação ou a arbitragem sejam propostos pelo expropriante, o expropriado poderá optar pela via judicial. A opção do Poder Público expropriante pela mediação ou arbitragem poderá ser feita já no Decreto de Utilidade Pública para fins de desapropriação.

Apesar de não obrigatória, pode-se afirmar que a via extrajudicial por meio da mediação e arbitragem deve, preferencialmente, ser utilizada pelo Poder Público expropriante, tendo em vista que a solução consensual dos conflitos é uma diretriz estabelecida pela lei processual civil⁷.

Podem os procedimentos da mediação ou arbitragem serem utilizados em processos de desapropriação direta e indireta. Neste último caso, em vez de procurar o Poder Judiciário para obter indenização em razão do apossamento administrativo realizado pelo Poder Público, pode o expropriado notificar o ente público, propondo a instauração do procedimento arbitral ou de mediação, na forma do art. 10-B, do Decreto-lei 3.365/41, o vigente marco legal das desapropriações por utilidade pública.

2. MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

Necessários alguns esclarecimentos acerca das diferenças entre a mediação e a arbitragem. A mediação não se confunde com a arbitragem. Aquela é uma forma de

-
6. Razões do veto “O dispositivo estabelece a obrigatoriedade de notificação do poder público ao proprietário com a oferta de indenização e a opção do particular em discutir o valor por meio de mediação ou pela via arbitral. Ocorre que a proposta permite interpretação de que a arbitragem e mediação são facultativas ao expropriado, mas obrigatórias ao poder público, restringindo a possibilidade da devida avaliação prévia da conveniência e oportunidade da adesão ao procedimento de mediação ou arbitragem pelo poder público, o que viola o princípio da inafastabilidade do acesso ao poder judiciário previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República de 1988”.
 7. “Consagrando tendência fortemente sentida entre os operadores do Direito, o § 2º do art. 3º do Novo CPC incita o Estado a promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 8).

autocomposição. Esta é uma forma de heterocomposição. A mediação pode se dar no âmbito judicial⁸ ou extrajudicial⁹. Já a arbitragem é sempre extrajudicial.

A mediação trazida pela Lei 13.867/2019 é a extrajudicial, conforme se depreende do art. 10-B do Decreto-lei 3.365/41, o qual expressamente dispôs que o expropriado “indicará um dos órgãos ou instituições especializados em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação”. Na mediação um terceiro imparcial (mediador) irá conduzir as partes a obterem uma solução mediante concessões recíprocas que irão resultar na melhor composição dos interesses contrapostos das partes envolvidas no conflito¹⁰.

Já a arbitragem é um julgamento realizado por um Tribunal Arbitral ou Câmara de Arbitragem. O árbitro, ou o tribunal arbitral, irá proferir uma decisão com eficácia de coisa julgada. Na arbitragem as partes não constroem a decisão. Esta é imposta pelo árbitro que age como se fosse um juiz, impondo a solução da controvérsia às partes¹¹.

3. O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE E O VALOR DA INDENIZAÇÃO NA DESAPROPRIAÇÃO

Conforme dispõe expressamente o § 1º, do art. 1º da Lei 9.307/1996 (com a redação dada pela Lei 13.129/2015), que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Por sua vez, a Lei 13.140/2015, em seu art. 3º, determina que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Dessa forma, o âmbito de aplicação da mediação e da arbitragem na desapropriação limita-se às questões disponíveis ou indisponíveis passíveis de transação.

8. Prevista no Código de Processo Civil, arts. 165 a 173.

9. Realizada em câmaras privadas de conciliação e mediação.

10. “Na mediação, o terceiro imparcial conduz as partes ao encontro de uma solução, pelo diálogo, ele fomenta os envolvidos a refletirem sobre a questão e assim encontrar um caminho que os atenda de modo satisfatório, não há adversários – apenas interesses a serem alocados” (DE JESUS, Marcela do Amaral Barreto. *Mediação e conciliação no âmbito da jurisdição administrativa no Brasil*. Revista CEJ, v. 21, n. 71, 2017).

11. “a decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada. Poderá ser invalidada a decisão, mas, ultrapassado o prazo de 90 dias, a coisa julgada torna-se soberana. É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada)” (DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm. 2016. v. 1. p. 173).

Num processo de desapropriação, conforme determina expressamente o art. 20, do Decreto-lei 3.365/41¹², as únicas questões passíveis de questionamentos são: i) nulidade processual; ii) o preço a ser pago pelo bem expropriado. Logo, o objeto da arbitragem ou mediação, no processo de desapropriação, será o preço. O preço a ser pago na desapropriação é um direito disponível, ou que admita transação, por parte da Administração Pública?

O princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo a doutrina¹³:

“Significa que, sendo os interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis; o órgão administrativo não tem disponibilidade sobre eles, tendo somente que curá-los. E, na tarefa de curar os interesses públicos, é submetida a Administração aos seguintes princípios: a) legalidade; b) obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e seu cognato, o princípio da continuidade do serviço público; c) do controle administrativo ou tutela; d) da isonomia, ou igualdade dos administrados em face da Administração; e) da publicidade; f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; g) controle jurisdicional dos atos administrativos.”

O preço pago em dinheiro por um imóvel expropriado é um bem público e, dessa forma, a princípio, é indisponível. Em razão da indisponibilidade, não poderia o ente público pagar por um bem expropriado mais do que ele realmente vale, em ofensa à justa indenização¹⁴. O pagamento de um valor acima do preço justo do bem expropriado equivaleria a uma liberalidade com o patrimônio público, tal como uma doação¹⁵. A liberalidade na gestão do patrimônio público é possível, desde que exista um interesse público que a justifique¹⁶.

12. Art. 20. A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.

13. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 71.

14. Sobre a justa indenização na desapropriação, ver: NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A justa e prévia indenização na desapropriação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

15. “A doação é, sem dúvida, entre as modalidades de alienação de bens públicos, a mais polêmica. Por consistir em ato de extrema liberalidade, favorecedor de pessoa específica, parece contrastar com os fins da coisa pública e com princípios administrativos basilares, como o da impessoalidade” (FRANCO JR., Raul de Mello. *Alienação de bem público*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 139-140).

16. Sobre o assunto: NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Doação de bens imóveis pela Administração Pública. *Revista Fórum Administrativo*, v. 159, 2014. p. 9-17.

A disponibilidade não pode ser vista de uma forma estática. Apenas no caso concreto é que se pode inferir a existência ou não de disponibilidade. Nesse sentido¹⁷:

“Não existe um critério geral que permita determinar os direitos disponíveis da Administração Pública. A verificação da disponibilidade deverá ser feita ante o caso concreto, posto tratar-se de conceito jurídico indeterminado, possuindo, como consequência, máxima generalidade e mínimo conteúdo normativo (...) Assim, compete ao intérprete a tarefa de concretizar, ante o caso que lhe é posto, o conteúdo do conceito, o que, na maior parte das vezes, é feito de maneira negativa, ou seja, com a fixação do que é indisponível.”

A disponibilidade tem íntima relação com o interesse público. Se este existir, pode ser o fundamento para que se disponibilize eventual valor da indenização, desde que o interesse público a ser atendido seja superior ao valor monetário disponibilizado. Acerca do interesse público, existe a clássica divisão entre interesse público primário e secundário. Segundo lição da doutrina:

“Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário¹⁸.”

Os valores que devem ser pagos ao expropriado devem ser justos. Entretanto, não se pode perder de vista os gastos que o ente público poderá incorrer ao longo de toda a obra pública a ser realizada no imóvel desapropriado. Poderá haver uma situação concreta na qual a possibilidade de se obter a propriedade imediata de um bem expropriado, mesmo mediante o pagamento de um preço maior que o inicialmente apurado como correto pela Administração Pública, se justifique.

Uma desapropriação judicial, em razão do longo tempo para sua conclusão, pode gerar prejuízos à Administração Pública, em razão de atrasos no início das obras, juros compensatórios e moratórios, custo do trabalho dos agentes públicos na condução dos processos judiciais, bem como custas de perícias e trabalhos técnicos.

17. MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *A arbitragem e os contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: 2016. p. 115.

18. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 99.

A arbitragem e a mediação permitem aos litigantes uma rápida solução do conflito que atende ao interesse das partes, em razão da lentidão do Poder Judiciário¹⁹. Conforme lição da doutrina, “a otimização de recursos públicos em nada tem a ver com o custo de uma condenação judicial, em que se somam à obrigação principal os consectários legais de juros, correção monetária e pagamento de honorários²⁰”.

A instauração da arbitragem e da mediação pode ser a única medida adequada ao atendimento do princípio da eficiência o qual não deve ser reduzido à mera economicidade no uso dos recursos públicos. Segundo lição da doutrina, a eficiência “representa a aptidão do comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos²¹”. A doutrina ensina que

“engloba a eficiência vários outros conceitos afins, tais como a eficácia, a efetividade, a racionalização, a produtividade, a economicidade e a celeridade (...) O ideal de eficiência é inato à conotação dinâmica da atividade administrativa, como ação, como atuação ótima²².”

Na arbitragem, o árbitro decidirá o valor da indenização a ser paga ao expropriado, tendo em vista os laudos de avaliação produzidos na instrução do processo arbitral que podem ser superiores ou não aos valores encontrados em laudos de avaliação da Administração Pública. Não é da essência da arbitragem a renúncia ao direito material posto em julgamento²³.

Entretanto, na mediação, onde as partes fazem concessões recíprocas visando pôr termo ao litígio, será provável a existência de situações em que, para que se possa

-
19. “O tema Arbitragem de um modo *lato sensu*, como meio de solução de conflito no âmbito nacional e internacional, é hoje em dia de suma relevância, em virtude dos conhecidos meios de solução de controvérsia, além de estarem desgastados, e suportarem um volume excessivo de demandas, eles fazem com que tenhamos lentidão na efetiva entrega da prestação jurisdicional” (BEZERRA JUNIOR, Wilson Fernandes. *Arbitragem comercial no direito de integração*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 120).
 20. EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. *RPGE*, Porto Alegre, v. 36, n. 75, p. 55-74, 2015.
 21. MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, n. 10, mai.-jun. 2007. p. 8.
 22. GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 100-102.
 23. “não é da essência da arbitragem a renúncia ao direito material (no todo ou em parte) para a composição do conflito; a renúncia que se verifica é a de submissão a uma controvérsia à jurisdição estatal” (MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *A arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: 2016. p. 124).

obter um acordo, será necessário o pagamento de indenizações acima do valor inicialmente proposto pela Administração Pública.

Se for possível demonstrar, no caso concreto, que o pagamento de uma indenização superior à apurada pela Administração Pública é vantajosa em razão da não incidência dos custos decorrentes da demora na obtenção da propriedade, não haverá qualquer disponibilidade e renúncia aos valores pecuniários dos cofres públicos, mas sim uma economia de valores do erário público a médio e longo prazo. Dessa forma, deve a regulação do ente expropriante permitir que a Fazenda Pública expropriante, na mediação na arbitragem, possa transigir para a rápida obtenção da propriedade da área desapropriada.

Entretanto, não se pode perder de vista que o pagamento de uma indenização superior ao valor apurado em laudo de avaliação, inicialmente produzido pela Administração Pública numa mediação, pode sujeitar o agente público a sofrer sanções em razão das atividades dos órgãos de controle, como o Ministério Público e os Tribunais de Contas. Se não houver um estudo muito bem fundamentado que prove que o valor pago, apesar de maior que o inicialmente proposto, irá gerar uma economia futura, estará o agente público sujeito a sofrer condenação por improbidade administrativa, na forma do art. 10, V, da Lei 8.429/1992²⁴.

Corre-se o risco de que a mediação na desapropriação não tenha a utilidade que dela se espera, em razão do temor da reação dos órgãos de controle. Nesse sentido, é o alerta de Carlos Ari Sunfeld de que “o advogado da Administração costuma *rejeitar as novidades*, e isso pelo simples fato de que, não tendo sido ainda testadas nos órgãos de controle, elas provavelmente serão malvistas²⁵”. O modo de controle praticado pelo Brasil não tem apresentado os resultados esperados. O método do controle pelo processo não tem se mostrado hábil a impedir práticas que atentem contra o princípio da moralidade administrativa. O controle que deve ser focado no resultado e ser exercido pela Administração Pública, órgãos de controle externo, bem como pela população que deve ter ampliados os seus canais de controle da atividade administrativa. Dessa forma, para que o uso da mediação e arbitragem na desapropriação possam ser efetivamente aplicados, os órgãos de controle devem se preparar para lidar com situações onde o expropriante pagou valores maiores que os inicialmente

24. Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: V – permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado.

25. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 44.

encontrados, mas evitou uma demora processual no judiciário que traria prejuízos ao interesse público.

Uma forma de tornar a arbitragem e a mediação nas desapropriações mais efetivas seria a criação, por cada ente da Administração Pública expropriante, de sua própria regulamentação, observadas as disposições do Decreto-lei 3.365/41 inseridas pela Lei 13.867/2019. O § 4º, do art. 10-B, do Decreto-lei 3.365/41 expressamente faz menção aos “regulamentos do órgão ou instituição responsável”. Seria recomendável, por meio de lei²⁶, delegar a competência ao órgão da Advocacia Pública o poder de realizar acordos dentro do procedimento de mediação e/ou arbitragem na desapropriação.

Poderia a lei prever a possibilidade de pagamentos em valores acima dos encontrados em laudos de avaliação produzidos pela Administração Pública, dentro de um limite estabelecido por meio de regulamento do Poder Executivo²⁷, em cada desapropriação, para viabilizar a mediação na desapropriação, bem como permitir que fossem realizadas transações nas arbitragens. Referido limite poderia ser temporariamente sigiloso, para evitar que o expropriado não aceitasse qualquer negociação abaixo do valor máximo permitido ao agente público transacionar. Anoto que o sigilo do orçamento disponível para a contratação pública tem sido previsto na legislação pátria, em razão do interesse público²⁸ e tais previsões podem ser utilizadas no que se refere à informação do teto máximo de transação nas desapropriações.

Anoto que a regulamentação anteriormente proposta, fomentaria o uso da mediação na desapropriação e permitiria transações nas desapropriações, o que iria contribuir para a melhor aplicabilidade dos institutos previstos na Lei 13.876/2019.

4. MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NA DESAPROPRIAÇÃO E PRECATÓRIO

Um dos principais atrativos para o uso da mediação e arbitragem nas desapropriações seria a possibilidade do pagamento do valor da indenização sem necessidade de expedição de precatórios. Entretanto, entendo que o pagamento da indenização na desapropriação terá uma disciplina diferenciada, conforme se trate da arbitragem e da mediação.

26. “Neste sentido, há que se observar que o espaço de renunciabilidade está adstrito aos parâmetros definidos em lei como, por exemplo, reconhecer o direito a determinada prestação pecuniária do administrado e apenas estabelecer, de maneira mais elástica, a forma em que ocorrerá o pagamento” (DE JESUS, Marcela do Amaral Barreto. *Mediação e conciliação no âmbito da jurisdição administrativa no Brasil. Revista CEJ*, v. 21, n. 71, 2017).

27. Tal foi a previsão na legislação federal, Lei 9.469/1997 (com a redação dada pela Lei 13.140/2015).

28. Por exemplo, art. 34 da Lei 13.303/2016 e § 3º do art. 6º da Lei 12.462/2011.

4.1. Arbitragem nas desapropriações e precatórios

Existem opiniões no sentido da possibilidade de pagamento de condenações em sede de arbitragem fora do regime dos precatórios. Alega-se que o art. 100 da Constituição Federal apenas impõe a expedição de precatório no caso de sentenças judiciais que não se confundem com as sentenças arbitrais. Nesse sentido:

“Ainda que a sentença arbitral seja um título executivo judicial (arts. 31 da Lei 9.307/96 e 515, VII, do novo CPC), isso não significa possa ser classificada como uma ‘sentença judiciária’ proferida por um juiz togado integrante do Poder Judiciário. A equiparação como título executivo judicial decorre de mera opção legislativa, sendo, na verdade, uma forma de facilitar a execução da sentença arbitral e, assim, incrementar o uso da arbitragem, dispensando a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral para sua execução, tal como constava no art. 1.041 do CPC/1939²⁹.”

Entretanto, não é o melhor entendimento. A sentença arbitral equipara-se, para todos os efeitos, a um título judicial. Conforme preceito expresso do art. 31 da Lei 9.307/1995, “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. Dessa forma, não se pode corretamente afirmar que a sentença arbitral não é uma sentença judicial.

Ademais, não se pode interpretar o Direito de forma a gerar incongruências. O regime dos precatórios não é facultativo. Se um processo judicial resulta numa decisão que somente pode ser executada contra a Fazenda Pública por meio do cumprimento do art. 100 da Constituição Federal, o mesmo se pode afirmar acerca da sentença arbitral. Não se pode permitir que as partes escolham se irão ou não se submeter ao regime dos precatórios, em razão da mera opção pela arbitragem.

Dessa forma, conclui-se que a sentença arbitral também se submete ao regime dos precatórios³⁰. Para os contratos estratégicos em que exista o interesse público previsto em lei acerca da possibilidade de se constituir fundos específicos destinados à

29. MAZZOLA, Marcelo; oliveira, Rafael Carvalho Rezende. Poder público não burla precatórios com pagamento voluntário em arbitragem. *Consultor Jurídico*. Dez. 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-dez-18/poder-publico-nao-burla-precatorios-pagamento-arbitragem]. Acesso em: 09.09.2019.

30. “Por outro lado, há que se reconhecer que eventual execução da sentença arbitral no tocante ao pagamento de quantia certa se realizará em juízo e, portanto, não poderá fugir do regime constitucional de precatórios (CF art. 100)” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. *Gen Jurídico*. Março. 2016. Disponível em: [http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/]. Acesso em: 09.09.2019).

execução de determinadas obrigações, seria possível a execução fora do regime dos precatórios³¹. Dessa forma, por exemplo, em desapropriações realizadas no âmbito de um projeto de Parceria Público-Privada (PPP) onde tenha sido constituído um fundo especial ou outra garantia destinada ao pagamento das obrigações contratuais, seria possível o pagamento da indenização na desapropriação sem o uso do precatório. Nos demais casos, a sentença arbitral seria executada na forma do art. 100 da Constituição Federal. De acordo com esse entendimento:

“Em contratos estratégicos, a constituição de fundos garantidores, a contratação de fiança-bancária ou a prestação de garantias reais, de parte a parte, pode ser uma alternativa eficaz à sistemática dos precatórios. Bastaria prever, em sede negocial ou normativa, que eventuais condenações arbitrais poderiam ser descontadas das garantias prestadas. Essa rede de garantias diminui sensivelmente os riscos do particular contratado, que – salvo alguma distorção de mercado – tende a diminuir os preços praticados contra a Administração. Um exemplo do modelo referido é o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, instituído pelo art. 16 da Lei Federal 11.079/2004. (...) Em recapitulação, caso a Fazenda Pública não adimpla voluntariamente com o débito imputado pelos árbitros, a execução deverá ser promovida por meio do regime de precatórios, a menos que se tenha previsto garantias especiais que possam ser executadas sob rito privado³².”

Ademais, essa é a orientação que decorre da interpretação do Direito positivado. O Código de Processo Civil cuida da sentença arbitral no Título II, denominado “do cumprimento da sentença”, no art. 515, VII³³. Dentro do referido Título II do Código de Processo Civil, encontra-se o Capítulo V que cuida do *cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública*. Neste Capítulo, o art. 535, § 3º, I, expressamente determina que não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada, “expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal”. Ou seja, no cumprimento da sentença arbitral, será expedido um precatório.

Anote-se, entretanto, o precatório somente seria destinado à eventual diferença entre o valor apurado e oferecido pelo expropriante. O valor inicialmente oferecido sempre é pago diretamente. Apenas o valor decorrente de eventual diferença a maior é que seria pago por precatório.

31. Conforme art. 8º, II, da Lei 11.079/2004.

32. ACCIOLY, João Pedro. O cumprimento de sentenças arbitrais desfavoráveis à administração pública. *Revista dos Tribunais*, v. 989, mar. 2018. p. 25-54.

33. Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VII – a sentença arbitral.

A compatibilidade do uso do precatório nas ações de desapropriação que era amplamente aceito pelo Supremo Tribunal Federal: “verificada a insuficiência do depósito prévio na desapropriação por utilidade pública, a diferença do valor depositado para imissão na posse deve ser feito por meio de precatório, na forma do art. 100 da CB/1988³⁴”. Entretanto, tal posicionamento poderá ser revisto em razão do julgamento do RE 922.140, em razão do reconhecimento da repercussão geral da compatibilidade da garantia da justa e prévia indenização com o regime dos precatórios:

“Ementa: Direito constitucional e direito administrativo. Desapropriação. Garantia de justa e prévia indenização em dinheiro. Compatibilidade com o regime de precatórios. Presença de repercussão geral. 1. Constitui questão constitucional saber se e como a justa e prévia indenização em dinheiro assegurada pelo art. 5º, XXIV, da CRFB/1988 se compatibiliza com o regime de precatórios instituído no art. 100 da carta. 2. Repercussão geral reconhecida.”³⁵

Dessa forma, salvo se houver mudança do atual entendimento do STF, sempre que o valor da condenação imposta pelo árbitro for superior à oferta apresentada pelo Poder Público, necessária a expedição de precatório na forma do art. 100 da Constituição Federal.

4.2. *Mediação na desapropriação e precatório*

Diferentemente³⁶ do que ocorre na arbitragem, na mediação na desapropriação não ocorre a necessidade de o pagamento da indenização ser realizado na forma do art. 100 da Constituição Federal. Este tem a finalidade de evitar favorecimentos em detrimento ao princípio da igualdade de todos os credores da Administração Pública. O regime dos precatórios não impede que a Administração Pública faça pagamentos fora do âmbito judicial; se assim fosse, não poderia realizar o pagamento de um contrato administrativo.

Mesmo no âmbito judicial, não ocorrendo hipótese de favorecimento, antes da definitiva condenação e expedição de precatório, pode e deve o Poder Público buscar uma solução amigável fora da sistemática dos precatórios. Sobre o assunto, assim se manifesta Américo Luís Martins da Silva³⁷:

34. STF, RE 598.678-AgR, rel. Min. Eros Grau, j. 01.12.2009, 2ª T., DJe 18.12.2009.

35. STF, RE 922.144 RG, rel. Min. Roberto Barroso, j. 29.10.2015, processo eletrônico, DJe-229 Divulg 13.11.2015, Public 16.11.2015.

36. Sobre o assunto: NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Atualidades acerca do regime dos precatórios. *Revista da AGU*, Brasília, ano 2016, n. 2, p. 37-66, abr.-jun. 2016.

37. SILVA, Américo Luís Martins da. *Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 141.

“(…) a nosso ver, caso haja lastro orçamentário dentro da rubrica ‘pagamento de sentenças judiciais’ a Fazenda Pública não só pode como deve ir pagando, após o trânsito em julgado das sentenças proferidas em embargos à execução ou do devedor ou após decorrido o prazo para oferecer embargos sem que o tenha feito, os valores apurados em liquidação de sentença, até que se esgote o montante da previsão orçamentária. O que a Fazenda não pode fazer é escolher dentre esses casos que se encontram na mesma situação para realizar pagamento imediato, uma vez que isto é contrário aos objetivos das disposições constitucionais e legais a respeito da matéria, ou seja, entendemos que o principal objetivo do legislador, constituinte e ordinário, não seja o de impedir que a Fazenda Pública efetue o pagamento imediato da condenação judicial, caso possua a quantia necessária para cobrir os valores devidos e destinada para esse fim, mas sim, impedir que se privilegie alguns exequentes em detrimento de outros cujo processo de execução encontra-se na mesma fase. Assim, opinamos no sentido de que, desejando, a Fazenda Pública pode pagar as condenações antes que sejam expedidos os precatórios, desde que haja lastro orçamentário, que o faça em relação a todos os casos que se encontram na mesma situação ou respeite a antiguidade do trânsito em julgado da sentença que julgou os embargos ou do término do prazo para oferecer embargos, a fim de que não haja qualquer espécie de discriminação ou preterição.”

Administração pode celebrar acordos para evitar ser ré em ações judiciais. Pode, também, no âmbito de uma ação judicial, antes do término desta, realizar acordos para evitar a expedição do precatório e início da fase de execução coativa, se o acordo for vantajoso aos cofres públicos. Nesse sentido, Adilson Abreu Dallari³⁸:

“Na verdade, o grande empecilho à celebração de acordo para recebimento de créditos perante a Administração estaria na previsão constitucional da emissão de precatórios. Porém, como foi dito acima, o precatório é uma forma de execução coercitiva, que não se choca nem impede a solução consensual de pendências. Mesmo o pagamento de créditos perante a Fazenda Pública veio sofrendo modificações ao longo do tempo, de tal modo que essa forma de execução coercitiva não é mais única, não garante a certeza do pagamento e comporta expressamente pagamentos por outras vias...se é possível celebrar um acordo para evitar a propositura de uma ação judicial, com muito maior razão, numa perspectiva de ordem lógica, também deve ser possível a celebração de um ajuste para dar fim a uma contenda judicial, dado que, nesta segunda hipótese, sempre haverá a presença vigilante do juiz da causa.”

38. DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a fazenda pública. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, n. 29, ano 7, jan.-fev. 2005. Disponível em: [<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=50108>]. Acesso em: 14.10.2019.

No mesmo sentido, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara³⁹:

“(...) a celebração de acordo para resolver demandas judiciais não caracteriza, por si só, uma violação ao princípio da impessoalidade ou a qualquer regra jurídica que vise a assegurar a sua aplicação...o acordo pode ocorrer já na fase de execução do processo, e antes mesmo da expedição de precatório. Ou seja, a dívida cobrada em juízo pelo credor particular, que se encontra em fase de execução judicial, é reconhecida como legítima pela Administração, que, para extinguir o litígio, aceita quitar o débito em condições que reputa vantajosas... Não há razão para imaginar que o pagamento decorrente desse tipo de acordo deva obedecer ao regime geral de quitação de débitos previsto no caput do art. 100 da Constituição. A ordem cronológica ali referida aplica-se exclusivamente aos pagamentos que devam ser efetuados em virtude de precatórios. Acordo que venha a ser celebrado, judicial ou extrajudicialmente, antes de expedido precatório, produz um dever de pagamento por si só. Não é, portanto, pagamento a ser realizado em virtude de ordem judicial, na forma determinada pela Constituição.”

Dessa forma, na mediação extrajudicial, o pagamento da indenização ocorrerá mediante depósito direto, sem a necessidade de uso do procedimento previsto no art. 100 da Constituição Federal. Entretanto, o termo final da mediação, na hipótese de celebração de acordo, será um título executivo extrajudicial⁴⁰. Caso seja homologado judicialmente, constitui-se em título executivo judicial. Em ambos os casos, no ocorrendo o cumprimento voluntário, será necessário o início do cumprimento de sentença previsto no Código de Processo Civil. Assim, somente existirá precatório na mediação realizada na desapropriação se o Poder Público expropriante não cumprir voluntariamente o acordo.

CONCLUSÕES

A mediação e a arbitragem podem se mostrar instrumentos úteis à rápida solução das desapropriações.

39. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a fazenda pública. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, jul.-set. 2010. Disponível em: [<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69424>]. Acesso em: 14.10.2019.

40. Lei 13.140/2015, art. 20: o procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

A mediação pode resultar na necessidade de disponibilidade de valores patrimoniais por parte do Poder Público expropriante. A disponibilidade é perfeitamente possível, desde que exista um interesse público que a justifique. É perfeitamente possível e juridicamente aceitável o pagamento de uma indenização de valor maior que o inicialmente proposto pelo Poder Público, se for comprovado que a vantagem da celeridade na obtenção do imóvel evitou outros custos decorrentes da demora que iriam ocorrer no âmbito do processo judicial. Tal possibilidade permitiria a aplicabilidade da mediação na desapropriação, bem como poderia permitir transações nos procedimentos arbitrais em desapropriações.

Seria recomendável que os entes expropriantes editassem normas regulamentares sobre os procedimentos a serem adotados na mediação e arbitragem na desapropriação, como forma de dar maior segurança jurídica aos *players* envolvidos e fomentar o uso dos instrumentos trazidos pela Lei 13.867/2019.

Nos procedimentos arbitrais em desapropriações, salvo se houver mudanças no entendimento do assunto pelo Supremo Tribunal Federal, ocorrendo uma condenação do ente público ao pagamento de um valor maior que o inicialmente oferecido ao expropriado, deverá ser expedido precatório deste valor, na forma do art. 100 da Constituição Federal.

Nas mediações, não haverá expedição de precatórios, salvo se não houver o cumprimento voluntário do título executivo extrajudicial decorrente do termo final de mediação.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, João Pedro. O cumprimento de sentenças arbitrais desfavoráveis à administração pública. *Revista dos Tribunais*, v. 989, mar. 2018. p. 25-54.
- BEZERRA JUNIOR, Wilson Fernandes. *Arbitragem comercial no direito de integração*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.
- DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para Recebimento de Crédito Perante a Fazenda Pública. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 29, ano 7, jan.-fev. 2005. Disponível em: [<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50108>]. Acesso em: 14.10.2019.
- DE JESUS, Marcela do Amaral Barreto. Mediação e conciliação no âmbito da jurisdição administrativa no Brasil. *Revista CEJ*, v. 21, n. 71, 2017.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm. 2016. v. 1.
- EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. *RPGE*, Porto Alegre, v. 36, n. 75, p. 55-74, 2015.

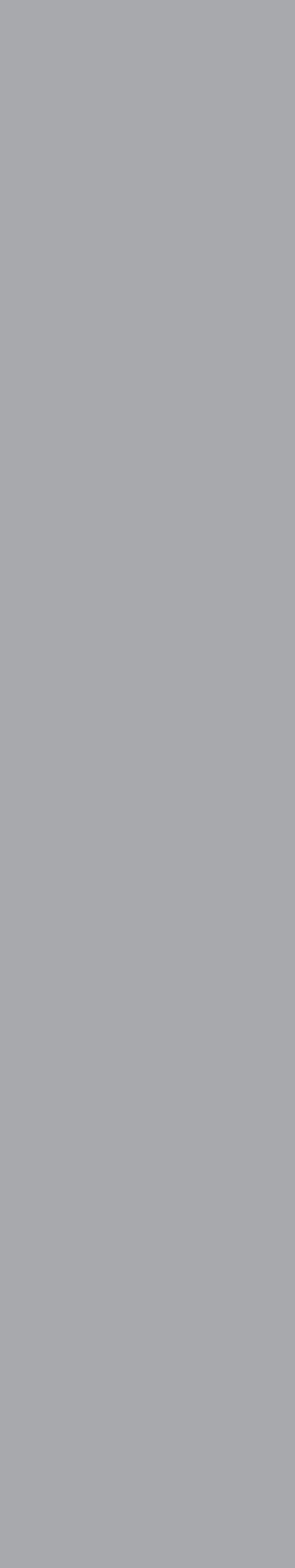
- FRANCO JR., Raul de Mello. *Alienação de bem público*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: dialética, 2002.
- MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *A arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro, 2016.
- MAZZOLA, Marcelo; oliveira, Rafael Carvalho Rezende. Poder público não burla precatórios com pagamento voluntário em arbitragem. *Consultor Jurídico*. Dez. 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-dez-18/poder-publico-nao-burla-precatorios-pagamento-arbitragem]. Acesso em: 09.09.2019.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, n. 10, mai.-jun. 2007.
- NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A justa e prévia indenização na desapropriação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Doação de bens imóveis pela administração pública. *Revista Fórum Administrativo*, v. 159, 2014. p. 9-17.
- NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Atualidades acerca do regime dos precatórios. *Revista da AGU*, Brasília, ano 2016, n. 2, p. 37-66.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm. 2016.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. *Gen Jurídico*. Mar. 2016. Disponível em: [<http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>]. Acesso em: 09.09.2019.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a Fazenda Pública. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, jul.-set. 2010. Disponível em: [<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69424>]. Acesso em: 14.10.2019.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrinas**

- A desapropriação por hasta pública no ordenamento jurídico português e a constitucionalidade da proposta de sua introdução no direito brasileiro, de Fernando Couto Garcia – *RTSP* 5/305-325 e *RTSP* 6/305-325 (DTR\2014\18598);
- A nova disciplina da prévia indenização na desapropriação decorrente do art. 34-A do Decreto-Lei 3.365/41, de André Luiz dos Santos Nakamura – *RT* 1003/113-133 (DTR\2019\29303);
- Reflexões preliminares a respeito da Lei 13.867/19, que disciplina a opção pela arbitragem ou mediação para definição dos valores indenizatórios em desapropriações por utilidade pública, de Pedro Guilhardi e Christine Pinto Coelho Rattes Bartolomeo – *RArb* 63/335-371 (DTR\2019\42144); e
- Temas polêmicos da desapropriação municipal, de Ricardo Marcondes Martins – *RDAI* 4/135-168 (DTR\2018\10333).



B) Sentença Arbitral



A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA PELO STJ E O DEVER DE REVELAÇÃO

THE RECOGNITION OF A FOREIGN ARBITRAL AWARD BY STJ AND THE DUTY TO DISCLOSE

PAULA AKEMI TABA VAZ

Bacharel em Direito. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Advogada em São Paulo nas áreas de contencioso cível e arbitragem.
paulatabavaz@gmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Arbitragem; Internacional

RESUMO: O artigo trata de uma breve análise do argumento de violação de dever de revelação e ausência da independência e imparcialidade como ofensa à ordem pública quando alegado em sede de homologação da sentença arbitral estrangeira no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, verifica-se o procedimento de homologação de sentença arbitral estrangeira e o conceito de ordem pública. Em seguida, analisa-se a independência e imparcialidade, bem como o dever de revelação. Finalmente, o trabalho aborda os casos *Abengoa v. Adrianno Ometto* e *Levi Strauss de Espana S.A. v. Ganaderia Brasil* em que o Superior Tribunal de Justiça chegou a conclusões distintas sobre a homologação de sentença arbitral estrangeira quando abordou a violação do dever de revelação e a alegação de parcialidade do árbitro.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem – Homologação da sentença arbitral estrangeira – Ordem pública – Independência e imparcialidade – Dever de revelação.

ABSTRACT: This article is a brief analysis over the argument of public policy offense when argued in the proceeding of recognition of a foreign arbitral award the counterparty argues absence of independence and impartiality and violation of duty to disclose. Initially, it will be verified the recognition proceeding of foreign arbitral award and the concept of public policy. In the sequence, it will be analyzed the independence and impartiality, as well as the arbitrator's duty to disclose. Finally, this work addresses the *Abengoa v. Adrianno Ometto* case and the *Levi Strauss de Espana S.A. v. Ganaderia Brasil* case, in which the Superior Court of Justice reached different conclusions on the recognition of the foreign arbitral award when analyzing the duty to disclose and supposed partiality of the arbitrator.

KEYWORDS: Arbitration – Recognition of a foreign arbitral judgment – Public policy – Independence and impartiality – Duty to disclose.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A homologação de sentença arbitral estrangeira e a ordem pública. 3. Independência, imparcialidade e o dever de revelação. 4. Casos. 4.1. *Abengoa v. Adrianno Ometto*. 4.2. *Levi Strauss de Espana S.A. v. Ganaderia Brasil*. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário tem a função de garantidor do cumprimento das normas, proporcionando a segurança jurídica e protegendo a confiança do cidadão em conhecer antecipadamente as consequências diretas de seus atos. Nesse sentido, a jurisprudência ocupa espaço de extrema importância. As decisões, certas ou erradas refletem o entendimento dos tribunais a respeito de determinados assuntos e direcionam a aplicação do Direito.

No cenário da homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, o Superior Tribunal de Justiça (“STJ” ou “Corte Superior”) é órgão fundamental. Afinal, depois de concluída a arbitragem em território estrangeiro, seu reconhecimento e execução no Brasil, dependem de homologação do Poder Judiciário pelo STJ. Isso porque, o STJ é o órgão competente para a homologação de sentenças estrangeiras no Brasil, conforme art. 105 da Constituição Federal¹, possuindo, portanto, um enorme papel em relação ao desenvolvimento da arbitragem.

Com o intuito de garantir segurança e previsibilidade aos procedimentos, o STJ é o responsável em seguir com a tendência mundial de favorecer a exequibilidade das sentenças arbitrais ao redor do mundo, de forma a lhes promover eficácia no Brasil.

Por conta disso, na hipótese de o STJ tomar decisões divergentes, culminaria em um abalo na estabilidade da instituição prejudicando o desenvolvimento da arbitragem.

A questão da violação à ordem pública por ausência de independência e imparcialidade foi um tema bastante discutido nos últimos anos. Isso porque em 2017 o STJ acatou o argumento de parcialidade do árbitro influenciado pela agravante de violação do dever de revelação e não homologou duas decisões proferidas pela CCI. Trata-se do caso *Abengoa v. Adrianno Ometto*.

A Corte Superior vinha se posicionando para descartar o argumento de violação à ordem pública, bem como para validar a disposição do art. III da Convenção de

1. Note-se que até 08.12.2004, a competência era do Supremo Tribunal Federal, o que foi alterado com a Emenda Constitucional 45. Essa migração de competência além de desafogar a Corte Constitucional, trouxe agilidade ao julgamento das homologações.

Nova Iorque², a qual ressalta que o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras não são uma mera faculdade dos países signatários. Logo, a negativa em homologar as sentenças arbitrais causou estranhamento.

Ocorre que, no final de 2019 no caso *Levi Strauss de Espana S.A. v. Ganaderia Brasil*, apesar da parte requerida ter aduzido ofensa à ordem pública pela violação do dever de revelação e pela aparência de parcialidade, o STJ, dessa vez, não analisou o descumprimento do dever de revelação ou como isso aparentaria para um terceiro razoável.

Considerando a importância da jurisprudência e da atuação do STJ, essa diferenciação de abordagens dos casos também gerou estranheza. Assim, cumpre analisar neste presente o contexto de ambos os casos. Para tanto, verifica-se antes os aspectos doutrinários da homologação de sentença arbitral estrangeira e da ordem pública, principalmente no que diz respeito à independência e imparcialidade e ao dever de revelação.

2. A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA E A ORDEM PÚBLICA

A sentença arbitral é o documento no qual consta a decisão parcial ou final emitida pelos árbitros sobre os pedidos das partes³, podendo ser caracterizada como nacional ou estrangeira⁴. O Brasil, adotou o critério geográfico, nos termos do art. 34, parágrafo único da Lei de Arbitragem 9.307/1996 (“LARb” ou “Lei de Arbitragem”), estabelecendo que é nacional a decisão proferida em território brasileiro e, estrangeira, a proferida fora dos limites territoriais.

A importância dessa diferenciação reside no fato de que as sentenças arbitrais domésticas, por possuírem natureza jurídica de título executivo judicial, conforme arts. 18 e 31 da LARb e art. 515 inciso VII do Código de Processo Civil (“CPC”), não necessitam de homologação para produzirem efeitos jurídicos e serem executadas. Em

2. Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.
3. LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stephan M. *Comparative International Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. p. 628 e BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*—Student Version. 5. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. p. 516.
4. BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2009. v. II. p. 91.

outras palavras, caso a sentença arbitral nacional, quando condenatória, não for cumprida por uma das partes, a outra poderá exigir a sua execução pelo Poder Judiciário, ou ainda quando a sentença nacional for declaratória ou constitutiva não há necessidade de submeter a sua homologação pelo Poder Judiciário para produzir efeitos.

O mesmo não ocorre para as sentenças arbitrais estrangeiras, que para surtirem tais efeitos, devem passar pela homologação⁵. No ordenamento jurídico brasileiro, esse procedimento é regido primeiramente pelos tratados em vigor no país a respeito do tema e subsidiariamente, pelas leis internas⁶. Vigoram atualmente os seguintes textos legais: (i) a Convenção de Nova Iorque (“Convenção” ou “CNI”); (ii) a LArb; (iii) o CPC; (iv) a Lei de Introdução às Normas Brasileiras (“LINDB”); (iv) o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça n 09/2005 (“RISTJ”) e (v) Emenda Constitucional 45/2004 (“EC 45/04”).

Vale pontuar que a ratificação deste último, através do Decreto 4.311/2002, em 23 de julho de 2002, serviu como um grande impulso para que o país brasileiro fosse considerado como favorável à arbitragem, garantindo a efetiva reciprocidade a seus parceiros comerciais, vez que a maioria desses já eram signatários da CNI. Isso porque, de nada serviria a aceitação da arbitragem comercial internacional por parte das empresas brasileiras, se o Brasil não aplicasse o procedimento de reconhecimento e de execução das sentenças⁷.

Quanto ao próprio procedimento da homologação, tem-se que a inicial é peticionada perante o STJ e deve ser instruída com: (i) sentença arbitral e (ii) convenção de

5. Vale destacar que o tratamento desigual entre as sentenças arbitrais domésticas e as estrangeiras se dá devido ao fato de estas últimas serem prolatadas sob a égide de um ordenamento jurídico alienígena com base em normas processuais distintas daqueles onde se busca sua execução. Com efeito, com base na supremacia, nenhum Estado está obrigado a reconhecer no seu território uma sentença proferida por juiz ou tribunal estrangeiro em seu próprio território. Assim, os Estados, para proteger as suas respectivas ordens sociais, bem como os valores e princípios que os formam, estabelecem procedimentos de homologação de sentenças estrangeiras para que sejam executadas em seu território apenas as que são compatíveis com seu ordenamento jurídico.
6. A LArb em seu art. 34, *caput* estabeleceu que a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil em conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico interno e na sua ausência, com a referida lei.
7. Nas palavras de Vera Cecília Monteiro de Barros: “A Convenção de Nova Iorque foi justamente criada para assegurar a efetividade das sentenças arbitrais nos Estados signatários, mediante o compromisso expresso de reconhecer e dar execução a tais sentenças, respeitadas as regras processuais que se aplicam no território do país de reconhecimento” DE BARROS, Vera Cecília Monteiro. Homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira no Brasil: exceção de ofensa à ordem pública. (Tese de Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2013.

arbitragem, ambos os documentos devem ser originais ou cópias autenticadas pelo consulado brasileiro, devendo acompanhados de tradução oficial, nos termos do art. 37 da LArb e art. IV (1) da CNI.

Na sequência há a citação do réu para apresentação de contestação. São poucas matérias passíveis de serem alegadas: (i) incapacidade das partes na convenção de arbitragem; (ii) invalidade objetiva da convenção de arbitragem; (iii) falta de notificação da parte contrária e violação ao contraditório e à ampla defesa; (iv) sentença fora dos limites da convenção de arbitragem; (v) instituição de arbitragem em desacordo com a convenção; (vi) sentença não obrigatória, anulada ou suspensa no país de origem; (vii) litígio não arbitrável segundo a lei brasileira; (viii) violação à ordem pública.

Os itens (i) ao (iv) estão dispostos no art. V (1) da CNI e no art. 38 da LArb, os quais caso invocados, devem ser provados pelo réu. Já os itens (vii) e (viii) constam no art. V (2) da CNI e art. 39 da LArb, podendo ser verificados *ex officio*.

Em ato contínuo, o processo será distribuído para julgamento pela Corte Especial, cabendo ao Relator os demais atos referentes ao andamento do processo. Verifica-se que o regramento da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras está preocupado em avaliar se a decisão satisfaz os requisitos e condições para produzir efeitos. Assim, a função desses requisitos é tão somente a de assegurar que o julgamento estrangeiro tenha respeitado garantias elementares do ordenamento jurídico pátrio.

A doutrina entende que a autoridade nacional, na homologação de sentença arbitral estrangeira, pode apenas checar se as garantias mínimas formais estão de acordo com a legislação aplicável, sem analisar propriamente o mérito do procedimento arbitral⁸. O juízo é de delibação, sendo essa questão consolidada no STJ⁹.

Considerando que as decisões a serem comentadas neste trabalho estão relacionadas à garantia e preservação da ordem pública, essa questão merece maior análise. O conceito de ordem pública é de difícil definição: Varia, abarcando aquilo que o Estado considera fundamental em determinado tempo e espaço para ser condizente com a realidade social, em detrimento de fixar a proteção de valores anacrônicos.

-
8. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008 e DE ARAÚJO, Nádia. *O STJ e a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: dez anos de atuação*. 2015
 9. STJ, CE, SEC 651-FR, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.09.2009, DJ 05.10.2009; STJ, CE SEC 3.035-FR, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 19.08.2009, DJ 31.08.2009; STJ, CE, SEC 1.043-AR, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28.05.2009, DJ 25.06.2009; STJ, CE, SEC 1.043-AR, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28.05.2009, DJ 25.06.2009.

Para Maristela Basso, a ordem pública consiste no

“conjunto de regras e princípios de caráter imperativo do ordenamento jurídico de determinado Estado que tem como fundamento a proteção de estruturas constitucionais e das relações privadas, cujos efeitos vinculantes devem ser observadas pelo juiz nacional no momento da aplicação ou denegação da aplicação do direito estrangeiro e não podem ser afastados pelas partes, no exercício da autonomia da vontade¹⁰.”

Nas palavras de Dolinger “é o reflexo da filosofia sócio político-jurídica imanente no sistema jurídico estatal, que representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas do Estado”¹¹.

A ordem pública disposta no art. 17 da LINDB, surge como restrição imposta pelo ordenamento jurídico nacional para barrar o exercício da autonomia da vontade e é considerada um dos princípios mais importantes do Direito Internacional Privado, vez que desempenha um papel fundamental na arbitragem comercial internacional, onde os interesses envolvidos estão ligados a mais de um ordenamento jurídico. Pode ser utilizada – excepcionalmente¹² – como fundamento para a recusa da homologação e execução de sentenças arbitrais estrangeiras pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme arts. V, da CNI e 39, II, da LArb.

Contudo, embora seja medida de caráter excepcional, é frequentemente usada, pela parte requerida condenada, como argumento contrário à homologação de determinada sentença. Havendo tal alegação o STJ, por consequência, acaba analisando o mérito da sentença arbitral.

Felizmente, foram poucos temas aceitos pelo STJ como ofensa à ordem pública: (i) sentença arbitral estrangeira desprovida de fundamentação (SEC 880, julgado em 18.10.2006 e SEC 879, julgado em 02.08.2006); (ii) ausência de convenção arbitral (SEC 6.753-7, julgado em 24.09.2001 e SEC 967, julgado em 15.02.2006), e nesse sentido, ausência de prova inequívoca da manifestação das partes em se submeter ao

10. BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo, Atlas 2009. p. 269.

11. DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 394

12. Essa teria sido a intenção dos criadores da Convenção “Os redatores da Convenção restringiram a exceção de ordem pública vez que temiam que ela fosse invocada para promover interesses locais e paroquiais e frustrar o objetivo básico de promover a execução de sentenças arbitrais internacionais. Esse risco foi considerado particularmente grande, devido às grandes disparidades entre os sistemas jurídicos nacionais e as políticas públicas em um instrumento global, como a Convenção de Nova Iorque” BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2009. v. II. p. 2830.

juízo arbitral (SEC 978, julgado em 17.12.2008) e (iii) independência e imparcialidade do árbitro (SEC 9.412, julgado em 19.04.2017).

Vigora uma tendência doutrinária e jurisprudencial majoritária de cooperação internacional para fazer pouco uso da ordem pública como obstáculo à homologação de sentenças estrangeiras.

3. INDEPENDÊNCIA, IMPARCIALIDADE E O DEVER DE REVELAÇÃO

Quando se fala em arbitragem, valoriza-se muito a autonomia da vontade das partes, que tem como uma das mais fortes externalizações a escolha do árbitro. O árbitro é um terceiro, eleito pelas partes para decidir acerca de determinada controvérsia entre elas existente, e é o elemento central da arbitragem.

As partes têm a total liberdade para a escolha da instância arbitral em vez da jurisdição estatal para resolver determinado litígio. Essa escolha é sensível e delicada, porquanto se elegerá os julgadores que definirão as questões de mérito e como o processo será guiado. É importante que as partes tenham ciência de que o árbitro não necessariamente irá se posicionar no conflito a favor daquele que o indicou. A máxima que se busca atingir é aquela expressada por Lew, Mistelis e Kroll de que “todo árbitro está sob a obrigação de assegurar uma válida e justa resolução da disputa”¹³.

Independência e imparcialidade daquele que julga são garantias mínimas de um processo justo e equitativo. A ausência delas acarreta violação da dignidade da pessoa humana e de um devido processo legal e ainda gera uma poluição do procedimento, um desgaste entre o próprio tribunal arbitral, prejudicando a credibilidade não somente do árbitro, mas também de qualquer ato por ele emanado e ainda da própria arbitragem.

A LArb positivou tais características do árbitro de dois modos distintos: no art. 13, § 6º estabelecendo “princípios deontológicos aplicáveis à pessoa do árbitro”¹⁴ quais sejam proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção e no art. 14 por referência a certas situações ou comportamentos que dão causa à suspeição e impedimento dos juízes. Ainda, é muito comum em instituições arbitrais a previsão no próprio regulamento da necessidade de o árbitro cumprir com esses requisitos¹⁵.

13. Tradução livre. Texto original: “each arbitrator is under an obligation to ensure a valid and fair resolution of a given dispute” LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stephan M. *Comparative International Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. p. 265.

14. BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem nos termos da lei nº 9.307/96*. Editora Atlas, 2018. p. 237.

15. Câmara de Comércio Internacional estabelece em seu art. 11 (1) que “todo árbitro deve ser e permanecer imparcial e independente das partes envolvidas na arbitragem”. A Corte

Constatada a importância dessas características, vale questionar no que consiste a independência e a imparcialidade. Nas palavras do Professor Carlos Alberto Carmona “[a imparcialidade] é uma predisposição de espírito, [a independência] uma situação de fato”¹⁶, isto é, independência se fundamenta em critérios objetivos de verificação e a imparcialidade está vinculada a critérios subjetivos. Nesse mesmo sentido, Selma Maria Lemes comenta que “enquanto para a independência a aferição se faz por critérios objetivos, a imparcialidade representa estado de ânimo caracterizado pela subjetividade”¹⁷.

A independência é a ausência qualquer espécie de vínculo com as partes, bem como ao total desinteresse no resultado da arbitragem. A independência pode ser analisada com dupla conotação. A primeira conotação está ligada com a liberdade do árbitro decidir acerca do conflito arbitral da melhor forma que entender, sendo necessária a motivação e fundamentação em fatos, argumentos e provas. A segunda é no sentido de ausência de vinculação econômica, social, profissional e moral, de forma que o árbitro seja livre para julgar sem receio de desagradar ou vinculação envolvendo alguma parte na causa arbitral¹⁸.

Portanto, não pode ser árbitro aquele que é dependente econômica ou financeiramente de alguma das partes, sendo que o cumprimento de sua função como árbitro não pode ceder à pressão nem de terceiros nem das partes. Ainda, a dependência pode ser relacionada a amarras afetivas, sociais ou morais.

No que tange à imparcialidade, ela pode ser associada ao exercício de jurisdição, fazendo com que o julgador se coloque entre as partes e acima delas, preservando sua capacidade subjetiva de atuar no processo. Geralmente, a imparcialidade é definida

Internacional de Londres traz em seu art. 5.3 a regra de que “todos os árbitros devem ser e permanecer imparciais e independentes das partes, e ninguém deve atuar na arbitragem como defensor ou representante de qualquer parte”. A American Arbitration Association and International Center for Dispute Resolution dispõe em seu art. 13 que “os árbitros que atuem conforme este Regulamento deverão ser imparciais e independentes e deverão atuar em conformidade com a Notificação de Nomeação enviada pelo Administrador”. Nesse sentido, as instituições arbitrais brasileiras também seguem a linha de determinar expressamente a observância da independência e imparcialidade, como por exemplo a Câmara de Comércio Brasil Canadá em seu art. 5.1 do Regulamento ou a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP em seu art. 7.2.

16. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2009. p. 242.
17. LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo LTr, 2001. p. 59.
18. BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem nos termos da lei nº 9.307/96*. Editora Atlas, 2018. p. 237-238.

como “ter equidistância entre as partes”¹⁹ ou, ainda, “dar-lhes [às partes] tratamento equânime”²⁰. Haverá prejudicialidade prejudicial ao procedimento quando o julgador

“não tiver as condições psíquicas de ser influenciado e persuadido pelos argumentos de ambas as (ou melhor, de qualquer das) partes no litígio, a despeito de suas alienáveis preferências ou predisposições e de eventuais contatos profissionais ou acadêmicos²¹.”

Na grande maioria das vezes,²² a parcialidade não será notória e facilmente comprovada, não há como aferir a psique do árbitro, não restando alternativa senão a análise de circunstâncias fáticas que aparentam a parcialidade. Assim, verifica-se o risco ou uma possibilidade de parcialidade.

Uma forma bastante recorrente para aferir essa possibilidade é o dever de revelação. Tom Phillippe Heintz e Gustavo Vieira da Costa Cerqueira conceituam como “a consagração material da obrigação moral de independência, o parâmetro de avaliação de independência e da imparcialidade do árbitro”²³.

O árbitro, logo que indicado e antes de sua aceitação, tem o dever de revelar os fatos cuja natureza possa afetar seu julgamento gerando dúvida razoável quanto à sua independência e imparcialidade²⁴. Somente mediante o fornecimento de informações suficientes às partes que elas confiarão que o árbitro manter-se-á equidistante.

-
19. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2009. p. 239.
 20. BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem nos termos da lei nº 9.307/96*. Editora Atlas, 2018. p. 237
 21. ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. O Árbitro. In: LEVY, Daniel e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 151.
 22. Destaca-se o caso *The Owners of the Steamship Catalina v. The Owners of the Motor Vessel Norma*, mencionado por William Park em *Arbitration International Special Edition on Arbitrator Challenges*. Kluwer Law International, 2011. p. 478. O caso envolvia uma parte portuguesa e outra norueguesa. Durante a audiência, o advogado de uma das partes citou como precedente um caso envolvendo italianos, que foi respondido pelo árbitro da seguinte forma: “Os italianos são todos mentirosos nesses casos e vão dizer qualquer coisa para se adequar ao seu livro. O mesmo se aplica ao português. Mas o outro lado aqui é norueguês e na minha experiência os noruegueses geralmente são pessoas verdadeiras. Neste caso eu aceito inteiramente a evidência do mestre do [navio norueguês]”.
 23. HEINTZ, Tom Phillippe e CERQUEIRA, Gustavo Vieira da Costa. Racionalização do dever de revelação no direito francês de arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 10, n. 36, 2013. p. 411.
 24. LEMES, Selma Maria Ferreira. A independência e a imparcialidade do árbitro e o dever de revelação. *Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB*, v. VII, n. 26, 2010. p. 21.

Esse dever se mantém ativo durante todo o procedimento arbitral e abrange também os fatos que razoavelmente o árbitro poderia conhecer, acarretando um dever de investigar. Contudo, essa investigação deve ser norteada por critérios de razoabilidade e bom senso, e deve ser auxiliado pelo dever das partes de fornecer informações necessárias tanto no momento da instituição da arbitragem, quanto durante todo o procedimento.

Diante dessas questões, surgem as perguntas: quais fatos devem ser revelados? O que exatamente implica na dúvida acerca da independência e imparcialidade?

Por mais simples que a definição pareça, adotamos o entendimento de que violar o dever de revelação significa não revelar o que deveria ter sido revelado no conteúdo e momentos devidos. Ocorre que não é somente a simples inobservância do dever de revelação que irá automaticamente acarretar ausência de independência e imparcialidade do árbitro.

Isso porque o árbitro pode violar o dever de revelação a informação revelada for irrelevante para comprometer sua atuação, garantindo independência e imparcialidade durante o procedimento arbitral todo e inclusive no julgamento. Ou ainda, o árbitro pode violar o dever de revelação, mas a informação revelada deveria ser de conhecimento da parte e por isso não afetaria a independência e a imparcialidade do árbitro.

Logo, há dois passos, o primeiro seria constatar se houve uma falha (falta de revelação, feita aquém ou intempestiva) e o segundo se essa violação seria suficiente no caso concreto para acarretar consequências para o processo ou para o árbitro.

Tentando facilitar o que deve ser revelado, ou ainda, em que extensão a violação do dever de revelação implica na ausência de independência e imparcialidade, regras e diretrizes foram criadas, as quais adotam o uso de normas com prescrição vaga sem conteúdo específico. Nesse sentido, Diretrizes da *International Bar Association*²⁵

25. Essas Diretrizes são compostas por duas partes. A primeira parte estabelece os princípios gerais acerca da independência e imparcialidade e a segunda parte traça três listas de situações que podem ou não gerar o afastamento do árbitro. Na primeira lista, ora conhecida como lista vermelha (*red list*), estão enumeradas de forma não taxativa circunstâncias que podem ensejar a aparência de um conflito de interesses e por isso podem levar ao afastamento do árbitro, ainda que as partes concordem (*non-waivable red list*), sob o princípio de que ninguém poderia ser julgador de sua própria causa, bem como que circunstâncias podem permitir que o árbitro assumira a função, desde que as partes concordam (*waivable red list*). Na segunda, chamada de lista laranja (*orange list*), foram listados de forma exemplificativa alguns casos que podem gerar dúvidas justificadas aos olhos das partes sobre a imparcialidade ou independência do árbitro. Tais circunstâncias devem ser reveladas pelos árbitros no momento em que são indicados e, se não forem contestadas pelas partes, não poderão ser invocadas por elas posteriormente. Por fim, a terceira, lista verde (*green list*), contém situações

(“Diretrizes da IBA”), dispõem no Princípio Geral 2 (b) sobre o critério da aparência para um terceiro razoável – *from the point of view of a reasonable third person* – baseado em dúvidas justificáveis – *justifiable doubts* – quanto à imparcialidade ou independência do árbitro.

Ainda, o art. 12 (1) e (2), da Lei Modelo da UNCITRAL determina que o árbitro deve revelar todas as circunstâncias que possam suscitar dúvidas fundamentadas sobre sua independência e imparcialidade, bem como que o árbitro pode ter sua nomeação impugnada caso exista dúvidas fundamentadas sobre sua independência e imparcialidade.

Nesse sentido, Tércio Ferraz Júnior destaca que a parte crucial para a valoração de um impedimento alegado para anular uma sentença arbitral está na apuração do real prejuízo alcançado pela presença de um árbitro alegadamente impedido, o que se alcança mediante a observação da efetividade do prejuízo dentro de um conjunto de atitudes e comportamentos do ponto de vista de uma *right-minded person*.

Em outras palavras, não é somente a simples inobservância do dever de revelação que irá automaticamente acarretar a ausência de independência e imparcialidade do árbitro. É necessário que os fatos não revelados tenham certa importância, que acarretem “parcialidade aparente” ou “dúvida razoável”. Infere-se a imparcialidade e independência do árbitro mediante a análise de fatos objetivos que razoavelmente criem uma aparência de parcialidade. A verificação, portanto, é no caso concreto.

4. CASOS

Conforme já pontuado, o STJ desde que passou a ter competência para julgar os pedidos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, raramente indeferiu o pedido com base na violação à ordem pública. As partes que não desejam a homologação insistem de forma incessante na ofensa à ordem pública, mas a Corte Superior vem mostrando um posicionamento firme sobre o tema.

Exatamente por isso, a decisão do STJ no caso *Abengoa v Adrianno Ometto*²⁶ que entendeu pela não homologação da sentença arbitral estrangeira causou estranheza

em que não há qualquer conflito de interesses aparente sob uma perspectiva objetiva que possa comprometer o árbitro, de maneira que tais fatos não precisam ser revelados.

26. SEC 9.412/EX, rel. Min. Feliz Fischer, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 19.04.2017, *DJe* 30.05.2017.

“Ementa: Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. Apreciação do mérito. Impossibilidade, salvo se configurada ofensa à ordem pública. Alegação de parcialidade do árbitro. Pressuposto de validade da decisão. Ação anulatória proposta no estado americano onde instaurado o tribunal arbitral. Vinculação do STJ à decisão da justiça americana. Não

e gerou inúmeras críticas na comunidade arbitral. Outro fator interessante para analisar o referido caso denota de que: houve sim a violação do dever de revelação pelo árbitro, contudo, os fatos não revelados não exerceram qualquer influência em sua atuação, de forma que *a priori* não haveria problema tal descumprimento. Todavia a Corte Superior priorizou o exercício do dever de revelação e a perspectiva de um terceiro observador sobre a quantidade monetária envolvida para ao final denegar a homologação.

Ocorre que houve divergência de postura da Corte entre referida decisão o caso *Levi Strauss de Espana S.A. v. Ganaderia Brasil*²⁷. Neste caso também houve alegação de

ocorrência. Existência de relação credor/devedor entre escritório de advocacia do árbitro presidente e o grupo econômico integrado por uma das partes. Hipótese objetiva passível de comprometer a isenção do árbitro. Relação de negócios, seja anterior, futura ou em curso, direta ou indireta, entre árbitro e uma das partes. Dever de revelação. Inobservância. Quebra da confiança fiducial. Suspeição. Valor da indenização. Previsão da aplicação do direito brasileiro. Julgamento fora dos limites da convenção. Impossibilidade. 1. O procedimento de homologação de sentença estrangeira não autoriza o reexame do mérito da decisão homologanda, excepcionadas as hipóteses em que se configurar afronta à soberania nacional ou à ordem pública. Dado o caráter indeterminado de tais conceitos, para não subverter o papel homologatório do STJ, deve-se interpretá-los de modo a repelir apenas aqueles atos e efeitos jurídicos absolutamente incompatíveis com o sistema jurídico brasileiro. 2. A prerrogativa da imparcialidade do julgador é uma das garantias que resultam do postulado do devido processo legal, matéria que não preclui e é aplicável à arbitragem, mercê de sua natureza jurisdicional. A inobservância dessa prerrogativa ofende, diretamente, a ordem pública nacional, razão pela qual a decisão proferida pela Justiça alienígena, à luz de sua própria legislação, não obsta o exame da matéria pelo STJ. 3. Ofende a ordem pública nacional a sentença arbitral emanada de árbitro que tenha, com as partes ou com o litígio, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes (arts. 14 e 32, II, da Lei n. 9.307/1996). 4. Dada a natureza contratual da arbitragem, que põe em relevo a confiança fiducial entre as partes e a figura do árbitro, a violação por este do dever de revelação de quaisquer circunstâncias passíveis de, razoavelmente, gerar dúvida sobre sua imparcialidade e independência, obsta a homologação da sentença arbitral. 5. Estabelecida a observância do direito brasileiro quanto à indenização, extrapola os limites da convenção a sentença arbitral que a fixa com base na avaliação financeira do negócio, ao invés de considerar a extensão do dano. 6. Sentenças estrangeiras não homologadas” (SEC 9.412/EX, rel. Min. Felix Fischer, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 19.04.2017, DJe 30.05.2017).

27. HDE 120-EX, rel. Min. Nancy Andrichi, Corte Especial, j. 18.12.2019, DJe 12.03.2019.

“Ementa: Homologação de decisão estrangeira contestada. Rescisão contratual. Reparação de danos. Inadimplemento. Cumprimento dos requisitos legais e regimentais. 1- Pedido de homologação de sentença estrangeira protocolado em 29.11.2016. Autos conclusos para julgamento em 7.3.2018. 2- O propósito da ação é obter homologação de sentença arbitral estrangeira que declarou rescindido contrato de licença de uso de marca, condenou a requerida ao pagamento de quantia certa e proibiu-a de vender produtos da marca LEVTS. 3- Hipótese concreta em que foram atendidos os requisitos previstos na Lei da Arbitragem e no

violação do dever de revelação, envolvendo mais de uma operação, com altos valores monetários, porém, os Ministros que participaram do procedimento de homologação do caso *Levi Strauss de Espana S.A. v. Ganaderia Brasil* sequer aprofundaram o tema.

Apresenta-se então, síntese dos casos e os fundamentos utilizados em cada decisão.

4.1. Abengoa v. Adrianno Ometto

Trata-se da homologação de duas sentenças arbitrais estrangeiras (CCI 16.176/JRF/CA e CCI 16.513/JRF/CA), cujas partes são: de um lado a empresa Abengoa, formada por Asa Bioenergy Holding A. G., Abengoa Bioenergia Agrícola Ltda., Abengoa Bioenergia São João Ltda., Abengoa Bioenergia São Luiz e Abengoa Bioenergia Santa Fé. De outro, Adriano Giannetti Dedini Ometto e a sua empresa Adriano Ometto Agrícola Ltda.

O objeto das arbitragens foi um contrato de compra e venda de quotas por meio do qual Adriano Ometto transferiu para a Asa Bioenergy o controle do Grupo Dedini Agro e, conseqüentemente, a propriedade de usinas produtoras de açúcar e etanol. As demais empresas Abengoa assinaram o contrato como intervenientes anuentes e a empresa Adriano Ometto Agrícola Ltda. como garantidor das obrigações contraídas pelo vendedor.

Ocorre que, segundo a Asa Bioenergy, Adriano Ometto teria apresentado informações incorretas sobre a capacidade produtiva das usinas, que estas produziam por ano um milhão de tonelada de açúcar e etanol a menos do que foi declarado.

O Tribunal arbitral de ambas arbitragens, foi formado por Guilherme Aguiar Alvarez, José Emílio Nunes Pinto e David W. Rivkin, o qual proferiu sentenças procedentes às causas do grupo Abengoa. Diante disso, as Requeridas buscaram a anulação das sentenças.

Argumentaram que o presidente do tribunal arbitral, David W. Rivkin, teria deixado de revelar que o escritório do qual é sócio, Debevoise & Plimpton LLP atuou em

RISTJ. 4- No particular, não há que se falar em ofensa à soberania nacional ou à ordem pública, pois, no que concerne ao árbitro e às suspeitas levantadas pela requerida quanto a ele, constata-se que a escolha de seu nome decorreu de acordo mútuo entre ambas as partes, havendo referência expressa, na sentença, quanto ao fato de o julgador indicado ter servido em um tribunal regional de outro estado que não aquele no qual foi realizada a audiência desta arbitragem, sendo certo, também, que o prazo concedido para a respectiva impugnação decorreu in albis. 5- O sistema de deliberação adotado pelo ordenamento jurídico pátrio para a homologação de decisões estrangeiras exige que se observe apenas a obediência aos requisitos formais do processo, não se aprofundando em questões de mérito. Precedentes. Pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira deferido” (HDE 120/EX, rel. Min. Nancy Andrichi, Corte Especial, j. 18.12.2018, DJe 12.03.2019).

pelo menos 03 (três) operações, quais sejam: (i) pagamento de honorários em mais de US\$ 6,5 milhões pela Abengoa ao escritório do árbitro presidente (ii) participação do escritório do árbitro na defesa da First Reserve, em aquisição de participação societária do grupo Abengoa (iii) participação do escritório do árbitro na defesa de interesses opostos ao grupo Abengoa, quanto à aquisição de ações da Telvent, que eram detidas pela Abengoa S/A.

Todavia, tanto o Tribunal Distrital do Distrito Sul de Nova Iorque, quanto o Tribunal de Apelações para o Segundo Circuito entenderam pelo indeferimento da anulação, sob o argumento de que, apesar das informações não terem sido reveladas pelo árbitro, elas não tiveram o condão de afetar sua imparcialidade. Isso porque, restou comprovado que o árbitro não tinha tido ciência de tais operações e pagamentos durante a arbitragem.

Contudo, no Brasil, em sede de homologação da sentença arbitral estrangeira o STJ, por maioria²⁸ acolheu a tese de Adriano Ometto, recusando a homologação da sentença.

O voto divergente foi do Ministro Felix Fischer, relator originário, que votou pela homologação. Em sua argumentação, pontuou que a imparcialidade do árbitro presidente havia sido questionada perante o próprio tribunal arbitral e, posteriormente, perante a Justiça Federal norte-americana, tendo sido afastada nos dois âmbitos. Nesse sentido, o STJ não poderia resolver a questão suscitada,

“uma vez que, se tratando de Tribunal Arbitral instaurado nos Estados Unidos, é daquele Estado, por meio de seus órgãos, a competência para julgar a parcialidade de juiz americano, mesmo que Juiz arbitral, o que ocorreu in casu. Entender de forma contrária, a meu ver, seria ferir a soberania daquela nação (fls. 14 do acórdão).”

Apesar das palavras do Ministro Felix Fischer, o Ministro João Otávio de Noronha abriu divergência, dentre seus fundamentos, destacou que

“o recebimento pelo escritório de advocacia do árbitro presidente de vultosa quantia paga por uma das partes no curso da arbitragem, ainda que não decorrente

28. Consta do acórdão: “Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Relator, ratificando o voto anteriormente proferido, no sentido de deferir o pedido de homologação das sentenças estrangeiras, e os votos dos Srs. Ministros Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Raul Araújo acompanhando a divergência, por maioria, indeferir o pedido de homologação das sentenças estrangeira” Ministro Herman Benjamin votou pela não homologação.

do patrocínio direto de seus interesses, mas com eles relacionado, configura hipótese objetiva passível de comprometer a isenção do árbitro presidente (fl. 33 do acórdão).”

e que pela não revelação, haveria “elementos objetivos aptos a comprometer a imparcialidade e independência do árbitro presidente” (fl. 34 do acórdão).

A Ministra Nancy Andrichi pontuou que “no caso há a agravante de que não houve comunicação às partes da existência desses pagamentos, em desrespeito ao dever de revelação” (fl. 80 do acórdão) o que seria fundamental na arbitragem na medida que “os árbitros devem ter a confiança das partes, ao contrário dos juízes” (fl. 81 do acórdão).

Sendo assim no mesmo sentido dos Ministros, os demais julgadores entenderam que a omissão de um árbitro em divulgar fatos relacionados a negócios em que seu escritório atuou envolvendo empresas do grupo Abengoa eram sim relevantes e necessitavam sua revelação. Tal descumprimento, para o STJ, à perspectiva do terceiro observador impactaria na confiança das partes com o árbitro e levaria à conclusão de parcialidade.

Destaca-se crítica de Ricardo de Carvalho Aprigliano, Vera Cecília Monteiro de Barros e Ricardo Ramalho Almeida

“para a aferição da imparcialidade do julgador, seja investigado a proximidade, a intensidade e a contemporaneidade da relação entre parte e árbitro, além da existência demonstrável de benefício econômico, a imediatidade e a substancialidade da relação econômica. No caso Abengoa, não se configurou a proximidade direta, porque não foi o próprio árbitro a se relacionar com a parte ou as empresas do grupo, mas sócios do seu escritório. E, como restou provado na ação anulatória precedente, o árbitro não soube daquelas atividades durante todo o trâmite da arbitragem. Já no tocante à contemporaneidade, também se tornou incontroverso que a atuação do escritório do árbitro de forma vinculada a uma das partes se deu ao mesmo tempo, enquanto o procedimento arbitral se desenvolvia, mas que tal circunstância não chegou ao conhecimento dos árbitros, que, portanto, não foram influenciados por ela. A representatividade econômica foi igualmente demonstrada, mas se deu de forma não típica, eis que os honorários foram reconhecidamente recebidos por conta e ordem do Departamento de Energia dos Estados Unidos. (...) Mas a fundamentação do acórdão, em geral, passa ao largo de tais discussões, tendo aparentemente ficado mais impressionada com os valores recebidos pelo escritório²⁹.”

29. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; BARROS, Vera Cecília Monteiro de; et al. Note: *Asa Bioenergia Holding Ltda. and outros v. Adriano Giannetti Ometto and Adriano Ometto*

Pode-se aferir de tal decisão que para o STJ a violação do dever de revelação agravou a situação. Outros fatores influenciadores para a conclusão em não homologação das sentenças arbitrais estrangeiras foram o envolvimento de enorme quantia e contatos relevantes entre o escritório do árbitro presidente e sociedades do grupo Abengoa. De fato, somente a violação do dever de revelação não foi o causador da conclusão pela ausência de independência e imparcialidade, mas impactou na inferência pela chegar em tal conclusão.

Nas palavras de Luiza Pedroso e Luis Felipe Baquedano:

“Essa é, para nós, a consequência de natureza processual da violação do dever de não revelação, que finalmente responde à pergunta que se propôs na introdução: A não revelação pode ensejar a desqualificação? Sim. Não sozinha, mas enquanto fator de potencial majoração da esfera de influência do fato não revelado sobre a confiança das partes, que pode fazer ou não fazer com que a linha da dúvida justificada por parte de terceiro informado seja ultrapassada”³⁰.

Dessa forma, a violação do dever de revelação não é fato suficiente para justificar eventuais consequências, como quebra da confiança, não homologação da sentença arbitral estrangeira ou desqualificação do árbitro. Todavia, tomando a decisão da SEC 9.412/US como exemplo, a não revelação poderia sim influenciar – juntamente com outros fatores.

4.2. Levi Strauss de Espana S.A. v. Ganaderia Brasil

A empresa Ganaderia Brasil Indústria de Comércio de Acessórios de Moda Ltda. em sede de arbitragem foi condenada a pagar o valor de US\$ 1.386.800,18 à Levis Ltda, pelo descumprimento de contrato de licença de uso de marca. O Tribunal Arbitral também declarou rescindido o contrato e proibiu a Ganaderia Brasil de vender produtos da marca Levi's a partir de 31.12.2015.

Na homologação da sentença arbitral estrangeira, a Requerida Ganaderia Brasil apresentou em sua contestação os seguintes argumentos: (i) participação, no procedimento arbitral, de terceiros estranhos à relação contratual objeto do litígio; (ii) vinculação do árbitro, Abraham Sofaer, com uma das partes do procedimento arbitral e

Agrícola Ltda. Superior Court of Justice of Brazil, Case n. 9.412/ US (2013/0278872-5), 19 April 2017. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. XIV, Issue 56, 2017. p. 137.

30. PEDROSO, Luiza Romanó e BAQUEDANO, Luis Felipe Ferreira. A violação do dever de revelação enquanto fundamento para a impugnação do árbitro: onde há fumaça há fogo?. *Revista Brasileira de Arbitragem*, (Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, Kluwer Law International 2018, v. XV, Issue 60). p. 7-35.

(iii) utilização de prova nula para formação do convencimento do tribunal arbitral e fundamento da sentença.

No que se refere ao argumento sobre o árbitro, as suspeitas da Requerida Ganaderia Brasil foram com base nos seguintes fatos: (i) a família Haas, proprietária da Levi Strauss, é uma das grandes patrocinadoras da Universidade de Stanford, onde o árbitro é professor; (ii) essa relação já vinha de longa data e acompanhada de inúmeras doações, motivo pelo qual a Universidade possui Centro Haas que carrega o nome da família; (iii) quando faleceu o CEO da Levi Strauss, Peter Haas, o presidente emérito da Universidade de Stanford prestou grande homenagem; (iv) a fundação da qual o árbitro é diretor investiu US\$ 1,5 milhões em projeto do Centro Haas.

A Corte Especial, também por maioria³¹, entendeu que a documentação dos autos teria preenchido os requisitos para a homologação.

Quanto à irresignação da relação do árbitro com a família proprietária da Levi Strauss, a Ministra Relatora Nancy Andrighi comentou que a escolha do nome Abraham Sofaer teria decorrido de acordo mútuo entre as partes e à época não teria havido qualquer impugnação pela Ganaderia Brasil. Ainda, destacou que o ordenamento jurídico brasileiro permite apenas a verificação de requisitos formais do procedimento arbitral, não convalidando com a análise das questões de mérito. Percebe-se que esse voto da Ministra é bastante diferente do quanto proferido no caso Abengoa.

Somente o Ministro Herman Benjamin examinou mais profundamente os fatos a respeito da tese de suspeição do árbitro, destacando que (i.) foi comprovado nos autos, e confirmado pela requerente, que a Koret Foundation, onde o árbitro é membro da diretoria, criou o Centro de Aprendizado Interativo Koret dentro do Centro Haas, o qual leva o nome da família proprietária da Levi Strauss (ii.), essa fundação da qual o árbitro é diretor investiu um milhão e meio de dólares em projeto do Centro Haas, (iii.) a família Haas, proprietária da Levi Strauss & Co., é uma das grandes patrocinadoras da Universidade de Stanford, onde o árbitro é professor. O Ministro ainda pontuou que não entenderia o motivo pelo qual o árbitro, Abraham Sofaer teria

31. Consta do acórdão: “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin indeferindo o pedido de homologação de sentença e os votos dos Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, , por maioria, deferir o pedido de homologação de sentença, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora. Votou vencido o Sr. Ministro Herman Benjamin”.

faltado com o dever de revelação e “a revelação de qualquer de tais vínculos teria sido suficiente para que a requerida o recusasse como árbitro” (fl. 21 do acórdão).

Nesse sentido, o Ministro Herman Benjamin proferiu voto no sentido de que as doações e relações negociais entre o árbitro

“teriam de ser divulgadas às partes da arbitragem, em obediência ao dever de revelação, sendo a existência deles motivo suficiente para gerar numa das partes dúvida sobre a imparcialidade do árbitro. Na arbitragem, é preciso que os árbitros gozem da confiança das partes (fl. 22 do acórdão).”

Justamente pela aparência de ausência de imparcialidade a homologação deveria ser negada por contrariedade à ordem pública.

Ora, verifica-se que o entendimento dos demais ministros julgadores foi em direção oposta àquela proferida no julgamento do *Abengoa v. Adriano Ometto*. Aqui, entenderam que a violação do dever de revelação não seria agravante aos fatos não revelados, não levaram em consideração o alto valor supostamente envolvido entre as partes, nem a existência de mais de um fato não revelado.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, esclareça-se que a proposta deste artigo não foi definir com precisão a natureza e o conteúdo dos conceitos anteriormente apresentados, mas sim tratar os aspectos centrais das características da homologação de sentença arbitral estrangeira, da independência e imparcialidade, bem como da obrigação do dever de revelação. Este artigo procurou também instigar a reflexão sobre a postura do STJ em dois casos distintos quando lidaram com tema semelhante: a homologação (ou não) de sentença arbitral estrangeira quando há levantamento da tese de ausência de independência e imparcialidade e violação do dever de revelação.

De fato, *Abengoa v. Adrianno Ometto* e *Levi Strauss de Espana S.A. v. Ganaderia Brasil* não são idênticos e possuem peculiaridades, como todo caso. Não se discute isso.

No caso *Abengoa v. Adrianno Ometto*, restou comprovado que o árbitro presidente não possuía conhecimento da relação com o grupo Abengoa, de modo que a sua imparcialidade foi mantida pela justiça americana. O STJ, todavia, focou no descumprimento do dever de revelação como agravante do fato em si, no montante envolvido e em como a situação casuística se apresentaria para um terceiro. Há quem defenda que a decisão do STJ teria sido equivocada pois é possível que o árbitro viole o dever de revelação e não obstante isso, mantenha a independência e imparcialidade durante o procedimento arbitral.

Não cabe aqui discutir se tal decisão estaria correta ou não, a questão é que esse exato posicionamento do STJ não restou presente no caso *Levi Strauss de Espana S.A.*

v. *Ganaderia Brasil*. Somente um dos Ministros abordou o assunto da mesma forma, os demais sequer analisaram essa questão.

A primeira decisão causou estranheza, com a segunda, não há como haver previsibilidade e total segurança jurídica. Justamente por agora existir ambas as posições do STJ ficam ainda mais evidente que a influência da violação do dever de revelação na independência e imparcialidade é casuística e depende do julgador.

De qualquer forma, tem-se em mente que para a não homologação de sentença arbitral estrangeira, não basta existir indícios, deve haver prova de que o árbitro agiu de modo parcial durante a arbitragem, no intuito de favorecer uma das partes. A violação do dever de revelação pode ser uma das ferramentas para analisar caso a caso a independência e imparcialidade do árbitro.

A violação por si só do dever de revelação não acarreta, necessariamente, a ausência de independência e imparcialidade, sendo cabível ao julgador verificar em cada caso se tal violação, juntamente com as demais circunstâncias do caso concreto, demonstram a parcialidade do árbitro.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008.
- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira. In: LEVY, Daniel e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- ALESSI, Dario. Enforcing arbitrator's obligations: rethinking international commercial arbitrator's liability. *Journal of International Arbitration*, v. 31, Issue 6, 2014.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DE BARROS, Vera Cecília Monteiro e ALMEIDA, Ricardo Ramhalo. Note: *Asa Bioenergia Holding Ltda. and outros v. Adriano Giannetti Ometto and Adriano Ometto Agrícola Ltda.*, Superior Court of Justice of Brazil, Case No. 9.412/ US (2013/0278872-5), 19 April 2017. *Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB*, v. XIV, Issue 56, 2017.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. Dever de revelação do árbitro: extensão e conteúdo. Inexistência de infração. Impossibilidade de anulação da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 36, 2013.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Editora, 2011.
- BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem nos termos da Lei 9.307/96*. Editora Atlas, 2018.
- BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo, Atlas 2009.
- BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration – Student Version*. 5. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.

- BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2009. v. II.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*, Resolução CNJ 125/2010. 6. ed. Rev. Atual. e ampl., São Paulo: Ed. RT, 2017.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – um comentário à lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2009.
- CARRASCOSSA, Poliana Cristina. *Arbitragem comercial internacional: a homologação da sentença arbitral estrangeira*. (Tese de Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, n. 35, 2012.
- DE ARAUJO, Nádia e ALMEIDA, Ricardo Ramalho. O Código de Processo Civil de 2015 e a homologação de laudos arbitrais estrangeiros. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *20 anos da Lei de Arbitragem. Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017.
- DE ASSIS, João Vicente Pereira. O dever de revelação do árbitro. (Monografia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010.
- DE BARROS, Vera Cecília Monteiro. *Homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira no Brasil: exceção de ofensa à ordem pública*. (Tese de Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2013.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado. Arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro, 2003.
- DOLINGER, Jacob. O árbitro da parte – considerações éticas e práticas. *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2005.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- DOS SANTOS, Manoel Joaquim Pereira. Ordem Pública e Arbitragem. In: CASSELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem. Lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo, LTr, 1999.
- ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. Notas práticas sobre a imparcialidade dos árbitros: existência de relação entre o árbitro (ou pessoas ligadas a ele) com a parte (ou pessoas ligadas a ela). In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *20 anos da Lei de Arbitragem. Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017.
- ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos árbitros*. (Tese de Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.
- ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. O Árbitro. In: LEVY, Daniel e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). *Curso de arbitragem*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su transgresión. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, v. VI, n. 3, 2013.

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Suspeição e impedimento em arbitragem: sobre o dever de revelar na lei 9.307/1996. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 17, 2008.
- FINKELSTEIN, Cláudio. A homologabilidade da decisão arbitral e a exceção de ofensa à ordem pública frente ao direito internacional privado brasileiro. In: ARANA, Josyler e CACHAPUZ, Rozane de Rosa (Orgs.). *Direito internacional: seus tribunais e meios de solução de conflitos*. São Paulo: Ed. Juruá, 2007.
- HEINTZ, Tom Phillippe e CERQUEIRA, Gustavo Vieira da Costa. Racionalização do dever de revelação no direito francês de arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 10, n. 36, 2013.
- JÚDICE, José Miguel e CALADO, Diogo. Independência e Imparcialidade do Árbitro: Alguns aspectos polêmicos em uma Visão Luso-Brasileira. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 13, n. 49, 2016.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo LTr, 2001.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. A independência e a imparcialidade do árbitro e o dever de revelação. *Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB*, v. VII, n. 26, 2010.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. 1. Árbitro. Dever de revelação. Inexistência de conflitos de interesses. Princípios da independência e da imparcialidade do árbitro. 2. Homologação de Sentença arbitral estrangeira no STJ. Inexistência de violação à ordem pública (processual). Artigo 39 II da lei de arbitragem e artigo V (II) (b) da Convenção de Nova Iorque. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. XI, n. 41, 2014.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista. *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares In Memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.
- LEW, Julian D.M; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stephan M. *Comparative International Arbitration*. Kluwer Law International, 2003.
- LOUSA, Nuno Ferreira. *A escolha de árbitros: a mais importante decisão das partes numa arbitragem?* V Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria, Intervenções, Coimbra, Almedina, 2012.
- LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. *Responsabilidade Civil do Árbitro. (Tese de Mestrado) – da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*, 2018.
- MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação do árbitro*. São Paulo. Editora Almedina Brasil, 2018.
- MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. F.; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MATEOS, Antônio César Barreiro; COSTA, José Augusto Fontoura. Obrigatoriedade de motivação e o reconhecimento das sentenças arbitrais no direito brasileiro e Hispano-americano. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 30, 2011.
- PARK, William. *Arbitration international special edition on arbitrator challenges*. Kluwer Law International, 2011.

- PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford, 2013.
- PEDROSO, Luiza Romanó e BAQUEDANO, Luis Felipe Ferreira. A violação do dever de revelação enquanto fundamento para a impugnação do árbitro: onde há fumaça há fogo? *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. XV, n. 60, 2018.
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 10. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.
- RICHTER, Marcelo de Souza. Comentários à edição 2015 do International Arbitration Survey. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, 2016
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem mediação e conciliação*. 5. ed. Editora Forense, 2014.
- STETNER, Renato Parreira; PITOMBO, Eleonora Coelho. A Convenção de Nova Iorque: Ratificação pelo Brasil. In: DE ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando do Vale (Coord.). *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. São Paulo, Fiuza, 2004
- SZRIBER, Daniel Shil. *A Ordem Pública e a Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. (Monografia) – Pontifícia Universidade Católica, 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- A homologação de sentença arbitral estrangeira, de Arnaldo Wald – *RARB* 56/53-62 (DTR\2018\10263);
- A homologação de sentenças arbitrais estrangeiras sem fundamentação, de Maria Laura Fornasar – *RARB* 65/209-224 (DTR\2020\7583);
- Aferição da capacidade das partes no processo de homologação de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça: notas interpretativas do art. v 1 (a) da Convenção de Nova York, de Rafael Peteffi da Silva e Leandro Monteiro Liberal – *RDCC* 21/33-56 (DTR\2020\551); e
- Ordem pública, imparcialidade do árbitro e homologação de sentenças arbitrais estrangeiras pelo STJ, de Mariana Aguiéiras Cuozzo – *RARB* 59/149-166 (DTR\2018\22495).

ARBITRAGEM E PRECEDENTES: POSSÍVEL VINCULAÇÃO DO ÁRBITRO E MECANISMOS DE CONTROLE

ARBITRATION AND PRECEDENTS: POSSIBLE BINDING EFFECT TO THE ARBITRATOR AND CONTROL MECHANISMS

LUIS FELIPE SALOMÃO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Presidente da Comissão de Juristas que elaborou anteprojeto da ampliação da Lei de Arbitragem e a Lei de Mediação. Doutor *honoris causa* em Ciências Sociais e Humanas pela Universidade Cândido Mendes. Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Escola Paulista da Magistratura. gab.luis.f.salomao@stj.jus.br

RODRIGO FUX

Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. academia@fux.com.br

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem

RESUMO: Este artigo objetiva analisar os impactos do sistema de precedentes nas jurisdições estatal e arbitral para discorrer sobre a possível vinculação do árbitro aos precedentes judiciais vinculantes nas arbitragens sob a égide da legislação brasileira, bem como abordar os meios de impugnação das sentenças arbitrais para se apurar quais seriam os mecanismos de controle diante de eventual desconformidade da sentença arbitral com os precedentes vinculantes.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisprudência – Precedentes vinculantes – Vinculação do árbitro – Sentença arbitral.

ABSTRACT: This article aims at analyzing the impact of the system of precedents in state and arbitral jurisdictions in order to examine the possibility that an arbitrator is bound by judicial precedents in arbitrations under Brazilian law, as well as to address the methods to challenge arbitral awards to ascertain the applicable control mechanisms in case of non-conformity of an arbitral award to binding precedents.

KEYWORDS: Case law – Binding precedents – Arbitrator – Arbitral awards – Control mechanisms.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A arbitragem, sua origem e seu caráter jurisdicional. 3. A jurisprudência como fonte formal e imediata do Direito: o papel dos precedentes (persuasivos e vinculantes) no ordenamento jurídico brasileiro. 4. A vinculação do árbitro aos precedentes judiciais: impossibilidade de criação de ambientes jurisdicionais extrajurídicos. 5. O valor dos precedentes judiciais sob a ótica da Análise Econômica do Direito. 6. Mecanismos aptos ao controle da sentença arbitral proferida em desconformidade com os precedentes vinculantes. 7. Conclusão. 8. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca empreender uma análise sobre a relação entre dois temas que ganharam especial relevo nos últimos vinte anos: a arbitragem e a necessidade de uniformidade entre os posicionamentos jurisdicionais. Um diálogo necessário, porquanto as questões atinentes ao assunto que aqui será tratado passaram por significativa evolução e foram objeto de pesquisas e escritos por parcela relevante da doutrina.

Além de uma necessária, mas sucinta, digressão histórica acerca do método extrajudicial de heterocomposição de conflitos, hoje tão difundido em nosso país, será realizada investigação sobre os impactos do sistema de precedentes na jurisdição estatal e no procedimento arbitral, sobretudo tendo em vista a (eventual) vinculação do árbitro aos precedentes judiciais (notadamente aos intitulados vinculantes). Os meios de impugnação das sentenças arbitrais também serão abordados, principalmente para que se tenha um panorama de quais seriam os mecanismos de controle no que diz respeito à (des)conformidade da sentença arbitral em relação ao direito brasileiro.

Conforme será examinado, o percurso teórico do estudo aqui proposto passa pela averiguação da trajetória da arbitragem no Brasil e da natureza jurídica conferida a tal instituto na atualidade. Buscaremos investigar, ainda, o papel que os precedentes – como fonte do direito – exercem no ordenamento jurídico brasileiro, além das alterações promovidas nos últimos anos em nosso sistema jurisdicional.

Nesse contexto, diante das mudanças empreendidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (Código Fux), atentando para o fato de que um sistema de precedentes é visto, ao redor do mundo, como significativo avanço na prestação jurisdicional por inúmeros fatores, pretendemos analisar seus reflexos nos procedimentos arbitrais sob a égide da legislação nacional, sempre considerando as diferenças e as semelhanças entre a arbitragem e o procedimento jurisdicional tradicional conduzido pelo Poder Judiciário.

Ademais, se ratificada a hipótese de que os árbitros devem respeitar os precedentes judiciais, tem-se como finalidade perquirir os mecanismos de que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe para a impugnação da sentença arbitral que negue a aplicação de precedente (ou persuasivo ou vinculante).

Neste trabalho – desde logo se ressalte esta importante premissa –, não abordaremos a problemática em torno da arbitragem *por equidade*. Como nesta modalidade não se seguem as leis e as normas positivadas nos ordenamentos, buscar compreender os reflexos do sistema de precedentes sobre tais procedimentos é uma tarefa absolutamente estéril.

Do mesmo modo, a análise pretendida não diz respeito aos procedimentos arbitrais que se realizem com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Portanto, é prudente sublinhar, toda e qualquer abordagem jurídica lançada neste estudo diz respeito às arbitragens *de direito*, sob a égide da legislação brasileira, de livre escolha das partes.

2. A ARBITRAGEM, SUA ORIGEM E SEU CARÁTER JURISDICIONAL

A arbitragem é método heterocompositivo de solução de controvérsias, no qual terceiro imparcial, nomeado pelas partes no gozo de autonomia privada, decide o conflito vivenciado pelos sujeitos. Além de ser manifestação jurisdicional, encontra fundamento na vontade das partes.¹

Sobre a origem do instituto, afirma-se que a arbitragem é tão antiga quanto à própria humanidade, pois decorreria simplesmente da nomeação de terceiro para resolução de conflitos. Na história da civilização, por exemplo, é empregada desde os períodos da Grécia e da Roma antiga, quando os cidadãos já submetiam a um terceiro imparcial a resolução de suas disputas.²⁻³

No sistema jurídico brasileiro, é possível identificar a arbitragem já no período da colonização portuguesa. Como aponta José Augusto Delgado, considerando somente o período de Brasil independente, o primeiro dispositivo legal a fazer referência à arbitragem foi a Constituição Imperial de 1824, a qual estabelecia, em seu art. 160, a prerrogativa das partes de nomearem árbitros para solucionar os conflitos de natureza cível⁴. As decisões proferidas seriam executadas sem possibilidade de recurso⁵.

1. Sobre a controvérsia entre a natureza jurisdicional ou contratual da arbitragem, ver CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. *Revista de Processo*, v. 58, 1990. p. 33-40.
2. CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. Versão eletrônica, capítulo 1.
3. Veja-se também SALOMÃO, Luis Felipe. *A atualização da lei de arbitragem*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/211461/a-atualizacao-da-lei-de-arbitragem]. Acesso em: 04.05.2020.
4. Sobre a trajetória da arbitragem no Brasil, são válidos os apontamentos do Ministro José Augusto Delgado, v. DELGADO, José Augusto. *A arbitragem no Brasil: evolução histórica e*

Ainda no período monárquico, a arbitragem voltou a ser objeto de leis, dentre as quais se pode destacar o Código Comercial de 1850 e o Decreto 3.900 de 1867, marcos legislativos que definiram a trajetória da arbitragem durante os séculos XIX e XX. O citado Código Comercial estabelecia a arbitragem compulsória para a resolução dos conflitos de natureza societária e para as causas relacionadas a locações comerciais⁶.

Diante da obrigatoriedade do procedimento arbitral para solução das querelas envolvendo questões mercantis determinadas pelo Código Comercial de 1850, esse passou a ser o meio de resolução de uma fração relevante dos litígios daquele período, tendo sido regulado no mesmo ano pela edição do Decreto 737. A homologação da decisão arbitral pelo juízo estatal, no entanto, não deixava de ser uma exigência⁷.

Diante das críticas à compulsoriedade da arbitragem, foram editados os Decretos 1.350, em 1866, e 3.900, em 1867, os quais foram responsáveis pela extinção da arbitragem compulsória no direito brasileiro, com a revogação do Decreto 737. O compromisso arbitral foi entendido como mera promessa de contratar. Além disso, não havia possibilidade de execução específica do compromisso para instaurar a arbitragem, caso uma das partes não estivesse de acordo com o procedimento privado⁸.

No século XX, o primeiro diploma normativo que impactou a arbitragem foi o Código Civil de 1916. Clóvis Beviláqua, assim como a doutrina que prevalecia à época, entendia que o compromisso arbitral tinha como principal objetivo a extinção das obrigações, fato que o tornava semelhante ao instituto da transação. Desse modo, o legislador de 1916, além de reafirmar a voluntariedade da arbitragem, também passou a considerá-la questão de direito material⁹.

conceitual. *Revista de Direito Renovar*, n. 17, mai.-ago. 2000, passim. Disponível em: [www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf]. Acesso em: 13.04.2020.

5. FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação. (Dissertação de Mestrado) – apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 61.
6. LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e perspectivas da arbitragem no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, jul.-set. 2016, passim.
7. LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Op. cit., p. 2.
8. “O Código Comercial, de 1850, estabeleceu a arbitragem como meio de solução obrigatório para diversos conflitos de caráter comercial, entre eles o conflito entre sócio de uma sociedade comercial. No entanto, em 1866 a arbitragem obrigatória foi abolida pela Lei 1.350, permanecendo em vigor somente a arbitragem voluntária. O Dec. 3.900/1867, por sua vez, estabeleceu que a cláusula compromissória teria natureza de promessa de contratar, não sendo permitida a execução específica desta” (WALD, Arnoldo. Maturidade e originalidade da arbitragem no direito brasileiro. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 242.)
9. FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. Op. cit., p. 62.

A Constituição de 1934 voltou a dar destaque ao instituto, haja vista ter estabelecido, ao distribuir as competências dos entes federativos, que à União caberia legislar sobre as matérias referentes à arbitragem¹⁰. Tendo em conta as possibilidades abertas com a definição da competência da União para legislar sobre as questões referentes à arbitragem, esse tema voltou a ser tratado pela legislação processual quando foi editado o Código de Processo Civil de 1939.

Como relembra Marcos Fioravanti¹¹, o Código de Processo Civil de 1939 dedicou uma seção com dezoito artigos à arbitragem e reafirmou a voluntariedade como requisito essencial para instauração do procedimento arbitral, passando a proibir que as partes celebrassem compromisso arbitral depois de proferida decisão do Poder Judiciário¹².

Com a edição do Código de Processo Civil de 1973, não houve grande alteração na disciplina da arbitragem, que continuou a ser tratada na seção “Do Juízo Arbitral”, fato que demonstrava o pouco interesse do legislador pelo tema, reflexo do ‘adormecimento’ da arbitragem (termo utilizado por Marcos Fioravanti¹³).

Mesmo prevista desde o período imperial e mantida ao longo dos anos, a arbitragem passou um longo período esquecida pela sociedade. Foi somente no último quartel do século passado que iniciou a trajetória de crescimento, ganhando espaço em litígios de circunstâncias muito especiais, que demandassem procedimento mais célere e maior especialização dos julgadores. Tal ressurgimento parece, em alguma medida, relacionado com a globalização e com os inúmeros entraves pelos quais vinha – e vem – passando o acesso à justiça.

Segundo aponta Carlos Augusto da Silveira Lobo, a arbitragem esteve em baixa por tantos anos principalmente porque

“era lembrada para solucionar alguns casos excepcionais, sem que fosse percebida a sua qualidade de constituir um meio socialmente relevante de resolver litígios. No geral, a arbitragem era alvo de suspeitas e reservas pelos que consideravam que a prestação jurisdicional era atividade privativa do Poder Público.”¹⁴

A ideia do “monopólio” da jurisdição afeta ao Estado sempre foi um componente cultural de nosso povo.

10. DELGADO, José Augusto. Op. cit., p. 7.

11. FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. Op. cit., p. 63.

12. FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. Op. cit., p. 63.

13. FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. Op. cit., p. 63.

14. LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Op. cit., p. 5-6.

Todavia, diante de numerosas atribuições que o Poder Judiciário passou a enfrentar, sobretudo no que diz respeito à entrega de tutela jurisdicional efetiva, fez-se necessária a busca por outros mecanismos que privilegiassem o acesso à justiça e a solução adequada de conflitos.

No cenário de fuga do formalismo pernicioso, de imperiosa necessidade de entrega efetiva da prestação jurisdicional e de combate à rigidez do processo tradicional, surgiu o renomado “Movimento de Acesso à Justiça”, por meio do qual os juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth desenvolveram o cognominado “Projeto de Florença”. O sempre lembrado estudo tinha como objetivo justamente realizar uma profunda investigação sobre os problemas em torno da prestação jurisdicional em todo o mundo e suas possíveis soluções¹⁵.

O Movimento dividiu-se em três etapas – as chamadas *ondas renovatórias do acesso à justiça*. A primeira tinha o propósito de oferecer soluções a problemas em torno da assistência judiciária, cuidando dos obstáculos econômicos constantemente enfrentados pelas partes para obter a tutela jurisdicional. Debateu-se sobre os custos do litígio e a possibilidade de assistência jurídica pelo Estado.

A segunda, atinente à tutela dos direitos coletivos, inspirou a criação de importantes institutos no Brasil, como a ação popular (Lei 4.717/1965), a ação civil pública (Lei 7.347/1985) e o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da Constituição Federal e art. 21 e seguintes da Lei 12.016/2009).

A terceira onda renovatória, por fim, buscava avançar mais profundamente nos desafios anteriores, empenhando-se para desenvolver uma verdadeira reorganização institucional do Poder Judiciário, incentivando novas formas de acesso à justiça¹⁶. A retomada da arbitragem no Brasil inseriu-se justamente nessa conjuntura.

Sob o influxo dessa terceira onda renovatória no Brasil, que promoveu a visão de que o acesso à justiça passa pela criação de mecanismos alternativos para a solução adequada de conflitos (mesmo extrajudiciais), a arbitragem passou a ser encarada como instrumento eficiente de auxílio à jurisdição estatal, uma ferramenta apta a desafogar o Poder Judiciário do exponencial número de demandas.

Diante desse panorama, mostrava-se necessária a edição de diplomas legais que possibilitassem as transformações que a doutrina vinha apontando como possíveis soluções para os entraves assinalados. Após três tentativas frustradas de criar uma lei

15. Sobre o acesso à justiça e as ondas renovatórias, por todos, cf. os próprios idealizadores do movimento: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, passim.

16. Sobre os reflexos do movimento de acesso à justiça no Brasil, por todos, cf. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, passim.

para disciplinar a arbitragem (em 1981, 1986 e 1988), o anteprojeto idealizado por renomados juristas foi finalmente aprovado, tendo sido sancionada a Lei 9.307 em 23 de setembro de 1996, conhecida como a Lei de Arbitragem¹⁷.

Ainda que não tenha sido o primeiro diploma normativo a tratar da arbitragem no Brasil, a Lei 9.307/1996 representou uma grande evolução para o ordenamento jurídico brasileiro¹⁸. Sua edição renovou o debate acerca da natureza jurídica da atividade exercida pelo tribunal arbitral. Apesar de terem sido sustentadas diversas teorias ao longo dos anos, duas possuem especial destaque, como leciona Alexandre Freitas Câmara, sendo uma de viés privatista e outra de viés jurisdicional¹⁹.

A corrente que defende que a atividade do árbitro é puramente contratual tem como premissa o argumento de que o exercício da jurisdição é prerrogativa do Estado, sendo a escolha da arbitragem pelas partes uma renúncia à jurisdição²⁰, posição, por exemplo, defendida por Luiz Guilherme Marinoni²¹.

Em sentido oposto, sustentado por Fredie Didier²², a celebração de compromisso arbitral entre as partes não importa em renúncia à jurisdição, mas tão somente em *renúncia à jurisdição exercida pelo Estado*. Apesar de a jurisdição ser monopólio do Estado, seu exercício não o é, podendo ser conferido a particulares pela Constituição e por leis, desde que respeitadas os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Para aqueles que defendem a natureza meramente contratual da arbitragem, haveria intrínseca diferença entre a atividade exercida pelo árbitro e aquela desempenhada pelo juiz, o que decorreria sobretudo da forma de investidura de cada um.

A suposta inexistência de mecanismos para a execução das decisões provenientes do juízo arbitral seria outro argumento no sentido de afastar essa atividade daquela exercida pelo Poder Judiciário. Em verdade, a questão do cumprimento das decisões encontra fácil solução no âmbito da divisão de competências, com a devida vênua: a

17. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p 1-14.

18. Aqui, novamente merece o destaque: a arbitragem não foi introduzida por referida lei. Em verdade, apenas houve o oficial reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem, cujas decisões passaram a não mais depender de qualquer homologação judicial para produção de efeitos.

19. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei n.º 9.307/96*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 9.

20. CREMASCO, Suzana Santi; SILVA, Tiago Eler. O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 59, jul.-dez. 2011. p. 373.

21. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 147 e ss.

22. DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador JusPodivm, 2018. v. 1. p. 206-211.

lei confere ao árbitro competência apenas para certificar direitos, para resolver juridicamente o conflito, mas não para efetivá-los na prática, se necessário for. O fato de não possuir competência para fazer executar suas decisões não significa que não esteja investido da função jurisdicional. Nesse ponto, nunca é demais lembrar que a sentença arbitral sempre constituiu título executivo judicial (art. 475-N, IV, do CPC de 1973 e art. 515, VII, do novo CPC).

A corrente contratualista também suscita suposta ofensa ao princípio do juiz natural, garantia com assento constitucional que afiança a imparcialidade do julgador no exercício da jurisdição. Ora, a esse respeito, a própria Lei de Arbitragem assegura a existência de um juiz imparcial, sem prejuízo do inexorável fato de que a confiança depositada no(s) árbitro(s) advém de comum acordo entre as partes.

Essa discussão tinha reflexos inclusive na terminologia conferida ao pronunciamento que decidiria a lide e encerraria o procedimento arbitral. Aqueles que não reconheciam a atuação do árbitro como atividade jurisdicional denominavam o ato de “laudo arbitral”, enquanto aqueles que reconheciam o procedimento arbitral como atividade jurisdicional denominavam-no “sentença arbitral”.

Como registra Rodrigo Garcia da Fonseca²³, o legislador teve preocupação com a terminologia empregada, visto que não mais menciona o termo “laudo arbitral”, passando a referir-se à decisão do árbitro ou do tribunal arbitral como “sentença arbitral”, o que reforça o caráter jurisdicional da arbitragem, reconhecido pelo legislador e pela ampla maioria dos doutrinadores, dentre os quais se pode facilmente apontar Carlos Alberto Carmona²⁴ e José Eduardo Carreira Alvim²⁵.

Os pressupostos utilizados para defender a natureza contratual da arbitragem perderam o sentido, porquanto se atêm a um conceito de jurisdição vinculado à

23. Cf. FONSECA, Rodrigo Garcia. Reflexões sobre a sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, jul.-set. 2005. p. 40-74.

24. Nesse sentido, veja-se ensinamento “Dois motivos levaram o legislador a abandonar a clássica dicotomia sentença-laudo adotada tanto no Código de Processo Civil de 1939 como no de 1973: o primeiro, mais importante e de ordem científica, diz respeito ao reconhecimento da natureza jurisdicional da arbitragem, de modo que não se justificaria a adoção de diferença substancial e ontológica) – inexistente – entre a decisão do juiz togado e a do árbitro; o segundo motivo para a alteração da terminologia foi político, eis que o legislador mostrou sua intenção de fortalecer o resultado prático da atividade arbitral, deixando clara a equiparação de efeitos entre sentença estatal e sentença arbitral. [...] Não têm razão aqueles que criticam a terminologia acolhida pelo legislador: utilizando-se o juízo arbitral necessariamente do processo (procedimento animado pelo contraditório), nada mais correto que designar o laudo como sentença arbitral, tudo a reforçar a ideia de que laudo e sentença (estatal) têm a mesma eficácia” (CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 338-340.)

25. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Comentários à lei de arbitragem (Lei 9.307, de 23/09/1996)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 28-31.

figura do Estado, embora, na verdade, a principal característica da jurisdição seja a substitutividade²⁶, que evidentemente é verificada na arbitragem.

Ademais, o conceito de jurisdição vem evoluindo para comportar diversas outras atividades, devendo ser superada a ideia de indissociabilidade entre a atividade jurisdicional e a atuação jurisdicional do Poder Judiciário. Do mesmo modo, esclarece Carlos Alberto Carmona:

“Desta maneira simplista, procuram alguns descartar a natureza jurisdicional da arbitragem. Talvez a questão mereça alguma reflexão. O fato de encarar-se a jurisdição como poder, atividade e função do Estado não descaracteriza, desde logo, a jurisdicionalidade da arbitragem. [...] Está presente na arbitragem o caráter substitutivo da jurisdição, que consiste na interferência de uma terceira pessoa, estranha à lide, que não participa do conflito de interesses, terceiro esse que dirigirá imparcialmente a busca da verdade para a aplicação do direito objetivo ao caso concreto.”²⁷

Hoje, a maior parte da doutrina reconhece o caráter jurisdicional da arbitragem, ou seja, “não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição. Exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada)”²⁸.

Apesar do avanço representado pelo reconhecimento do caráter jurisdicional da atividade exercida pelo árbitro durante o procedimento arbitral, vale destacar que a arbitragem enfrentou um último grande obstáculo antes de ser de fato incorporada à rotina de resolução de conflitos comerciais.

No princípio dos anos 2000, como se sabe, o mecanismo de resolução de conflitos teve sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal, o que

26. “Una prima osservazione in relazione al concetto di giurisdizione è che dobbiamo allontanarci subito dall’idea che assimila la giurisdizione allo Stato. È possibile un esercizio di giurisdizione per conto di privati. L’ascesa di alternative dispute resolutions, come l’arbitrato, è stato il primo passo per richiamare l’attenzione sugli “equivalenti giurisdizionali”. Vogliamo fin d’ora manifestarci sul carattere giurisdizionale dell’arbitrato, senza tuttavia ignorare l’ampio dibattito in corso sulla sua natura giurisdizionale o meno. A nostro avviso, meno statalismo e più esistenza di un procedimento con garanzie processuali, condotto da un terzo imparziale, sarebbe la nota caratteristica che sussume all’arbitrato nel concetto di giurisdizione” (CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione. In: *Scritti in onore di Nicola Picardi*. Tomo I. Pisa: Pacini Editore, 2016. p. 366.)

27. DIDIER JR, Fredie. Op. cit., p. 209.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. *Revista de Processo*, v. 58, abr.-jun. 1990).

28. DIDIER JR, Fredie. Op. cit., p. 209.

trouxe alguma percepção de insegurança jurídica em relação à novel legislação. Porém, como salienta Nadia de Araújo, o STF finalmente concluiu pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem, o que pôs fim à atmosfera de incerteza que pairava sobre o procedimento arbitral²⁹.

A arbitragem passou por longo processo até atingir a relevância e a inserção que hoje ostenta no cenário nacional, teve sua constitucionalidade e sua jurisdicionalidade questionadas, mas as suas potencialidades foram bastantes para superar os entraves encontrados.

Na contemporaneidade, a arbitragem é considerada meio adequado e eficiente de solução de controvérsias, gozando cada dia mais de respeitabilidade perante a jurisprudência pátria³⁰ e possibilitando prestação jurisdicional com previsibilidade, celeridade, além de procedimento moldado conforme as peculiaridades da causa e a vontade das partes, sem deixar de lado os princípios e os valores fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

Como ressalta Paulo Nasser, os princípios aplicáveis à arbitragem não decorrem somente de lei, mas da própria Constituição da República³¹.

Nessa toada, a criação do sistema de precedentes, como veremos adiante, também tem assento constitucional, muito embora esteja positivada no novo Código de Processo Civil.

29. “É preciso esclarecer que, apesar do expressivo desenvolvimento do instituto, alcançado com a Lei de Arbitragem, foi somente cinco anos após sua promulgação, com o julgamento do *leading case* SE 5206/EP em 2001, que o STF finalmente sepultou qualquer dúvida sobre a constitucionalidade da opção das partes pela arbitragem, e espancou a insegurança jurídica que cercava o instituto. Assim, tornou-se realidade no Brasil a consolidação do movimento em prol da utilização da arbitragem como método de solução de controvérsias, tanto nos contratos nacionais quanto internacionais” (ARAÚJO, Nádía. O STJ e a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: dez anos de atuação. In: TIBÚRCIO, Carmen; MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael (Org). *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 156.)

30. TIBÚRCIO, Carmen. Arbitragem no Brasil: panorama dos últimos 15 anos. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO (org.) *Arbitragem: temas contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 75.

31. “Não é a lei que delimita os princípios aplicáveis à tutela jurisdicional arbitral, assim como não é o Código de Processo Civil que enumera de modo exaustivo os princípios aplicáveis à jurisdição estatal. Não seria razoável nem proporcional que se atribuísse à arbitragem o poder de gerar um título executivo judicial sujeito à coisa julgada material e com plena exequibilidade pelo Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, negar a aplicabilidade de princípios e garantias constitucionais fundamentais à tutela jurisdicional. Disso decorre ser imperativo que o processo arbitral se desenvolva em consonância e em obediência aos princípios constitucionais que iluminam e norteiam os atos de natureza jurisdicional” (NASSER, Paulo Magalhães. *Vinculações arbitrais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 27-28.)

Convém ainda salientar que, recentemente, no campo das soluções extrajudiciais adequadas a solução de controvérsias, menciona-se a criação de um microsistema composto pela Lei 13.129, de 26.05.2015 – Reforma da Lei de Arbitragem, Lei 13.140, de 26.06.2015 – Lei de Mediação e Novo CPC.

3. A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE FORMAL E IMEDIATA DO DIREITO: O PAPEL DOS PRECEDENTES (PERSUASIVOS E VINCULANTES) NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como nos ensina Norberto Bobbio, as fontes do direito “são aqueles fatos e aqueles atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas”, de modo que o conhecimento de qualquer ordenamento jurídico passa necessariamente pela enumeração de suas fontes do direito³².

As fontes do direito podem ser divididas entre fontes formais e fontes materiais. Segundo Dimitri Dimoulis, as fontes formais são o *locus* em que se encontram as normas jurídicas válidas de determinado ordenamento, enquanto as fontes materiais são os fatores que criam o direito e dão origem às normas válidas³³.

As fontes formais podem, ainda, ser classificadas em imediatas – primárias – ou mediatas – secundárias. As normas imediatas são aquelas “cuja força jurídica não se funda em qualquer outra nem necessita da mediação de qualquer outra fonte para se manifestar”³⁴. As fontes mediatas, de modo contrário, são entendidas como aquelas “cuja força jurídica se funda em outra fonte ou se manifesta por seu intermédio”³⁵.

O direito brasileiro, em decorrência de sua origem romano-germânica, historicamente reconhecia a jurisprudência como fonte formal do direito, ou seja, no sistema brasileiro entendia-se que a jurisprudência era fonte da qual emanava o direito. Não obstante, apesar de ser entendida como fonte formal do direito, a jurisprudência tinha papel secundário ou mediato nesse sistema de fontes, assim como os costumes, a analogia e a doutrina.

A fonte primária por excelência, no sistema da *civil law*, é a norma legal. Em razão da influência do positivismo, havia a compreensão de que o juiz era servo da lei e de

32. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Ari Marcelo Salon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2017. p. 55.

33. Cf. DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 165-168 e 23.

34. KATCHI, António. *Dicionário da parte geral do código civil português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 114.

35. KATCHI, António. *Op. cit.*, p. 114.

que os tribunais não deveriam ter nenhum tipo de papel criativo. Assim, a jurisprudência possuía apenas força persuasiva ou integrativa, visto que vigorava o entendimento de que a decisão judicial não tinha o condão de criar norma aplicável a sujeitos estranhos à relação sob análise, diferentemente da norma legal, como esclarece Hermes Zaneti:

“Nos países de tradição de *civil law*, a jurisprudência é apresentada como parte das fontes indiretas, secundárias e materiais do direito, normalmente ligada aos costumes, não tendo a força vinculante de uma fonte formal e primária. Portanto, não é considerada, do ponto de vista dogmático, norma válida e obrigatória. Esta força vinculante, comumente, é atribuída apenas às normas legais (Constituição, leis, decretos etc.), as quais, pela sua origem (*pedigree*) a partir de órgãos com atribuição de produção normativa, são reconhecidas como vigentes, válidas e vinculantes.”³⁶

Diferentemente dos países integrantes do sistema da *civil law*, os países de tradição anglo-saxônica, em especial a Inglaterra e os Estados Unidos da América, desenvolveram a criação jurídica com base nos costumes e nas decisões pretéritas, o que deu origem ao chamado sistema de precedentes vinculantes. A esse respeito, veja-se pertinente observação de Teresa Arruda Alvim:

“[...] isto acabou acontecendo imperceptivelmente, desde quando a decisão dos casos era tida como a aplicação do direito costumeiro, antes referido, em todas as partes do reino, até o momento em que as próprias decisões passaram a ser consideradas direito. Assim, desenvolveu-se o processo de confiança nos precedentes[...]. A obediência, o respeito, a reverência a precedentes foi a forma que eles encontraram de manter regras uniformes (para todos), e estáveis, para gerar previsibilidade.”³⁷

Como é possível constatar da lição de Michele Taruffo, “precedente judicial” e “jurisprudência” não guardam o mesmo sentido, apesar de serem tratados de forma atécnica, como se representassem o mesmo fenômeno. Contemplam conceituações distintas³⁸. Entende-se como precedente uma decisão judicial de um caso concreto,

36. ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo civil. *Revista de Processo*, v. 235, set. 2014. p. 298-299.

37. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Em direção ao common law? In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coords.). *O Processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual – Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 373.

38. A respeito da distinção entre jurisprudência e precedente, por todos, v. TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, v. 199, set. 2011.

cujo núcleo essencial, bem como a tese jurídica ou a interpretação da norma³⁹ (*ratio decidendi* ou *holding*), pode destinar-se à parametrização de julgamentos posteriores de casos análogos. O conceito de jurisprudência, por sua vez, é usualmente empregado para fazer referência a uma pluralidade de decisões, proferidas por Tribunais diversos, concernentes a vários e diferentes casos concretos⁴⁰.

Deve-se levar em conta, também, as sempre lúcidas ponderações de Benjamin N. Cardozo, juiz da Suprema Corte Americana, o qual, ainda no alvorecer do século XX, ressaltava que a importância e a força do julgamento colegiado não se hospedavam exatamente na aventada superioridade intelectual dos juízes de cortes colegiadas, mas na circunstância de que, nas cortes de justiça, ocorre o chamado “temperamento judicial”, que emancipa o jurisdicionado do “(...) poder sugestivo das aversões e predisposições individuais”, de modo que a jurisprudência reflita um vetor resultante cujo valor sempre supere as forças singulares que o compõem:

“(...) as excentricidades dos juízes se equilibram. Um juiz examina os problemas do ponto de vista da história; outro, do ponto de vista da filosofia; um terceiro, do ponto de vista da utilidade social; um é formalista; outro, tolerante; um tem medo de mudanças; outro está insatisfeito com o presente. Do atrito entre diversas mentes cria-se algo que tem uma constância, uma uniformidade e um valor médio maiores do que seus elementos componentes.”⁴¹

No Brasil, muito em razão da necessidade de uniformização das decisões judiciais, com vistas à otimização do sistema e à concreção dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, houve uma latente aproximação ao sistema da *common law*, o que representou um desenvolvimento da jurisprudência como fonte imediata do direito.

Esse avanço tornou-se mais pronunciado quando a Constituição foi alterada pela Emenda Constitucional 45/2004. A “Reforma do Judiciário” possibilitou a edição de Súmulas Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal⁴².

39. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 222.

40. Sobre o tema, permita-se remeter a FUX, Rodrigo. O novo processo civil brasileiro: ideologia, princípios e institutos. (Dissertação de Mestrado) apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, 2015.

41. CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 131.

42. “A EC. 45/2004, que foi batizada de ‘Reforma do Judiciário’, implantou no ordenamento jurídico nacional as súmulas vinculantes, inserindo o art. 103-A na CF/1988. Alterou significativamente o enquadramento da jurisprudência dos tribunais superiores entre as fontes do direito nacional, aproximando o sistema jurídico brasileiro dos vigentes em países que

Muita embora relevante a aludida alteração sistêmica de vetor empreendida pela Emenda Constitucional 45/2004, a grande mudança qualitativa nesse panorama deu-se indiscutivelmente com a edição do novo Código de Processo Civil, quando foi inaugurado no ordenamento jurídico brasileiro um verdadeiro sistema de precedentes judiciais, que representou uma genuína “fusão singular entre os institutos das famílias jurídicas do *civil law* e do *common law*”⁴³.

A esse respeito, sempre valiosas as lições do Ministro Luiz Fux, encarregado de presidir a comissão do anteprojeto que culminou no novo código:

“A Jurisprudência assumiu o destaque característico dos sistemas da família da *common law*, vinculando juízes e tribunais, reclamando, por seu turno, a perfeita adequação da causa ao precedente (*distinguishing*), a possibilidade de sua modificação (*overruling*), bem como a modulação temporal da modificação jurisprudencial no afã de evitar a surpresa judicial, interdição que conspira em prol da prometida segurança jurídica eclipsada em cláusula pétrea constitucional. Essa força emprestada à jurisprudência viabiliza, também, a previsibilidade das decisões, respeitando as justas expectativas dos jurisdicionados.”⁴⁴

As mudanças promovidas pelo novo CPC, da forma como o ordenamento jurídico compreende a jurisprudência, tinham como fundamento a necessidade de promover os princípios da legalidade, da isonomia e da segurança jurídica – incluindo o viés do princípio da proteção da confiança, e almejavam a otimização da boa administração da Justiça no Brasil⁴⁵.

As mudanças foram questionadas, especialmente diante do suposto abalo às raízes históricas do ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, como bem lembra Freddie Didier⁴⁶, criar um sistema de precedentes influenciado por aquele utilizado na

adotam o modelo anglo-saxão, dos chamados precedentes judiciais” (ADORNO JÚNIOR, Hélcio Luiz; SOARES, Marcelle Carine dos Praseres. A alteração do sistema das fontes do direito brasileiro pelas súmulas vinculantes e pelos princípios normativos. *Revista dos Tribunais*, v. 170, jul.-ago. 2016).

43. FUX, Luiz (Coord.); NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Org.). *Novo Código de Processo Civil: comparado – Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. p. VII (Nota do Coordenador).

44. FUX, Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 44.

45. FUX, Rodrigo. O novo processo civil brasileiro: ideologia, princípios e institutos. (Dissertação de Mestrado) – apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, 2015. p. 161-173.

46. “O que se pretendeu demonstrar com este ensaio é que o recrudescimento da importância do precedente judicial no Direito brasileiro não é um desvirtuamento, senão um aperfeiçoamento, da tradição jurídica com a qual sempre esteve associado o Direito brasileiro. O atual sistema

common law não significa uma alteração na matriz do sistema jurídico brasileiro. Não mesmo. Além de a absorção ter sido realizada com os olhos voltados à realidade do nosso sistema, os precedentes no Brasil prestam-se a trazer maior efetividade à aplicação dos mandamentos constitucionais e das normas legais, evitando, por exemplo, soluções diversas para o mesmo problema.

Ao consolidar o capítulo dedicado aos precedentes judiciais no novel código, o legislador pátrio importou de maneira crítica e ponderada a ‘teoria geral dos precedentes’ dos países de tradição anglo-saxônica, absorvendo conceitos e institutos da teoria do *stare decisis* e da *doctrine of binding precedent*, de modo a possibilitar uma estruturação e uma aplicação adaptadas às particularidades da máquina judiciária brasileira⁴⁷.

A propósito, tal simbiose entre as famílias da *civil law* e da *common law*, em prol de uma justiça melhor, de há muito já vinha sendo notada e defendida pelo grande mestre José Carlos Barbosa Moreira:

“Tem-se acusado notável crescimento, nos últimos tempos, entre os juristas da chamada família ‘romano-germânica’, o interesse pelos ordenamentos anglo-saxônicos. O fenômeno, em si, merece irrestritos louvores, independentemente do fato de que suas razões, em boa parte, guardam evidentíssima relação com a conjuntura político-econômica de hoje. Como é natural, ele vem se estendendo ao campo do processo, onde não raro se exterioriza em sugestões de reforma. [...]. Não falta quem deposite na absorção de elementos característicos daquela outra família uma grande esperança de imprimir maior eficácia ao funcionamento da máquina e, em termos genéricos, à atividade da composição de litígios.”⁴⁸

brasileiro de formação, divulgação, aplicação e superação dos precedentes judiciais não se estabeleceu por acaso, nem fora de uma linha evolutiva cujo início remonta ao final do período colonial brasileiro. Ele é, ao contrário, fruto de uma tradição brasileira que se desenvolveu na prática jurídica e, mais recentemente, no pensamento jurídico brasileiro. Além disso, o Direito brasileiro não aderiu, com uma penada legislativa, à tradição jurídica da *common law*, tão somente porque adotou um sistema de precedentes vinculantes nos seus tribunais superiores, ou porque já instalou um regime de respeito aos precedentes baseado na atribuição de eficácia processual à jurisprudência - afinal, já foram muitas as incorporações de elementos jurídicos transplantados de sistemas ou tradições estrangeiras. Se há um *crossing over* jurídico em curso nos diversos sistemas jurídicos, isto não desnatura a sua forte carga genética que lhes dá identidade e significação” (DIDIER JR. Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. DIDIER JR. Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, v. 2/2015, jul.-dez. 2015. p. 106-107).

47. Nesse sentido, veja-se: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo. O novo Código de Processo Civil à luz das lições de José Carlos Barbosa Moreira, um gênio para todos os tempos. *Revista da EMERJ*, v. 20, 2018. p. 33-34.
48. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. *Revista de Processo*, v. 92, 1998. p. 87-104.

Em linhas substanciais, o novo Código de Processo Civil basicamente subdividiu os precedentes em dois tipos: os *persuasivos* e os *vinculantes*.

Para Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso, o sistema de precedentes inaugurado pelo novo Código de Processo Civil trouxe consigo uma gradação na eficácia desses precedentes, propondo uma classificação tripartite: a) os precedentes com eficácia normativa; b) os precedentes com eficácia puramente persuasiva; e c) os precedentes com eficácia intermediária⁴⁹.

Os preclaros autores sustentam que os precedentes com eficácia puramente persuasiva

“produzem efeitos restritos às partes e aos feitos em que são afirmados, são relevantes para a interpretação do direito, para a argumentação e para o convencimento dos magistrados; podem inspirar o legislador; e sua reiteração dá ensejo à produção da jurisprudência consolidada dos tribunais. São, contudo, fonte mediata ou secundária do direito.”⁵⁰

Os precedentes com eficácia normativa, por seu turno, são aqueles precedentes “em sentido forte, correspondentes aos julgados e entendimentos que devem ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias e cujo desrespeito enseja reclamação”⁵¹, nos termos do art. 988 do CPC/2015, dos quais são exemplos: as decisões em controle concentrado da constitucionalidade, as súmulas vinculantes, as decisões proferidas em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, as decisões oriundas do julgamento de incidente de resolução de demanda repetitiva e de incidente de assunção de competência⁵².

Apontam, por fim, um terceiro grau de eficácia, representado pelos precedentes ditos intermediários, que seriam as súmulas ordinárias⁵³ do STJ e do STF e as decisões proferidas pelos órgãos especiais das Cortes. Apesar de fixarem entendimentos obrigatórios, não cabe reclamação caso não sejam observados, o que na prática acaba rebaixando-os a uma espécie de recomendação. Logo, não haveria como fazer um

49. BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, a. 15, n. 3, jul.-set. 2016. p. 11-13.

50. BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. cit., p. 11-13.

51. BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. cit., p. 11-13.

52. BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. cit., p. 11-13.

53. Súmulas são meros enunciados para facilitação da compreensão da jurisprudência dominante dos tribunais. Não podem ser encaradas, por si só, como precedentes judiciais, uma vez que são formuladas pelos tribunais com o simples objetivo de facilitar a identificação dos posicionamentos a respeito de determinadas questões.

controle efetivo das decisões que descumprissem esses entendimentos, daí aduzirem os autores que sua eficácia seria intermediária⁵⁴.

4. A VINCULAÇÃO DO ÁRBITRO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS: IMPOSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE AMBIENTES JURISDICIONAIS EXTRAJURÍDICOS

Diante das inovações do novo CPC, surge uma sucessão de dúvidas e possibilidades a respeito da incorporação do sistema de precedentes em diversas matérias do direito. Na arbitragem, notadamente, manifesta-se o questionamento sobre a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais (sejam persuasivos, sejam vinculantes).

O questionamento surge, mormente, em razão de alguns relevantes argumentos: a) não seria possível o controle do julgamento do árbitro, isto é, não haveria remédio contra o *error in iudicando*; e b) os precedentes não seriam fonte de direito, de forma que não poderiam ser considerados de observância obrigatória dos tribunais arbitrais.

Talvez, em momento anterior à Emenda Constitucional 45/2004 e, principalmente, ao CPC/2015, cogitar de tal possibilidade causaria estranheza, principalmente em razão da ideia de que as decisões judiciais teriam a mera faculdade de criar normas concretas, aplicáveis aos casos concretos levados a juízo. Todavia, após o avanço dos precedentes no ordenamento jurídico, especialmente com a gênese dos precedentes vinculantes, não parece restarem dúvidas quanto à necessidade de sua observância – novamente, como fonte de direito – para que haja pronunciamento jurisdicional válido.

Isso porque o novo diploma processual foi cristalino ao reconhecer eficácia normativa de determinadas decisões, fato que fez com que os precedentes enumerados⁵⁵ como vinculantes evidenciassem o mesmo valor da norma legal: fonte imediata e obrigatória do direito⁵⁶. Longe de tratar-se de mera enunciação vazia, o Código de Processo Civil de 2015 apresenta claro fundamento constitucional, sobretudo ao trazer normas que buscam garantir o devido processo legal⁵⁷, a isonomia, e a segurança jurídica, corolários do Estado de Direito.

54. BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. cit., p. 11-13.

55. A esse respeito, as decisões enumeradas no artigo 927 do CPC trazem importante baliza.

56. Especificamente sobre o efeito vinculante decorrente do julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas, veja-se MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 233-250.

57. Como se sabe, tal garantia encontra expressa previsão no artigo 5º, inciso LIV da Constituição da República.

Diante deste cenário, em nível acadêmico, pensamos que é imperativo, *nas arbitragens de direito sob a égide da legislação nacional*, que os árbitros observem os precedentes vinculantes, tendo em conta que os precedentes compõem o ordenamento jurídico mesmo que a lei seja interpretada em sentido formal. Como expõe Ruy Rosado de Aguiar, “o sistema de arbitragem é peculiar e autônomo, mas não está no espaço, e sim inserido no ordenamento jurídico nacional, que deve respeitar naquilo que este tem de indispensável ao interesse público e inderrogável pelas partes.”⁵⁸

Assim sendo, apesar de a arbitragem conferir significativa autonomia às partes e aos julgadores, a partir do momento em que elegem o *direito brasileiro* como conjunto de regras aplicável à resolução da contenda, o árbitro e o procedimento não estão alheios ao ordenamento jurídico, o que impede o afastamento dos precedentes judiciais, os quais foram definidos como fonte do *direito brasileiro* pelo legislador.

Essa conclusão não representa nenhuma espécie de “contracultura arbitral”⁵⁹, advirta-se. Consoante o festejado Pedro Baptista Martins, uma vez eleito voluntariamente o *direito brasileiro* pelas partes, embora o árbitro goze de plena liberdade de convicção, “deve ele, no exame final sobre as questões de fato e de direito, estribar-se nas regras de direito e manter-se fiel aos dados e fatos que ressaltam dos autos”⁶⁰.

Antônio Menezes Cordeiro elucida que o processo de realização do direito é unitário⁶¹. Posicionar-se em contrariedade ao reconhecimento da vinculação do árbitro ao precedente judicial, conseqüentemente, seria negar o caráter unitário do ordenamento jurídico, já que possibilitaria ao intérprete selecionar conforme sua conveniência as regras do ordenamento que são (ou não) aplicáveis.

Se resposta diferente fosse dada, ou seja, se fosse reconhecida completa autonomia da jurisdição arbitral em relação ao sistema de precedentes, criar-se-ia tenebroso cenário de manifestações jurisdicionais contraditórias apenas pela escolha do

58. AGUIAR, Ruy Rosado de. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Doutrina*: edição comemorativa 30 anos do STJ. Brasília: STJ, 2019. p. 199.

59. A feliz expressão foi cunhada por Pedro A. Batista Martins: In: [<http://batistamartins.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/o-poder-judiciario-e-arbitragem-quatro-anos-da-lei-n-9-30796-parte-i-e-ii.pdf>]. Acesso em: 14.05.2020.

60. MARTINS, Pedro A. Batista. *Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o projeto de lei do senado nº 78/92*. In: [<http://batistamartins.com/anotacoes-sobre-arbitragem-no-brasil-e-o-projeto-de-lei-do-senado-n-7892/>]. Acesso em: 14.05.2020.

61. “O processo de realização do Direito é unitário. Em termos materiais, a fonte do Direito existe quando, como tal, seja localizada pelo intérprete-aplicador. A interpretação e a conformação da fonte inserem-se na espiral hermenêutica. Seria um retrocesso reconceitualizar a matéria, regressando a uma estratificação estanque das fases de realização do Direito” (CORDEIRO, Menezes Antônio. *Tratado de direito civil*. 4. ed. Coimbra: 2016. t. I. p. 662).

procedimento. Nunca é demais lembrar que as partes escolhem a arbitragem como método de solução de conflito, como procedimento; as partes não escolhem o resultado.

É fato que a existência de decisões divergentes sobre temas semelhantes e a mudança repentina da orientação jurisprudencial acabariam por gerar inaceitável imprevisibilidade a respeito da aplicação da lei.

Ao alçar algumas categorias de decisões judiciais à condição de fontes imediatas do direito, tornando sua aplicação obrigatória, o legislador deixou de conferir essa obrigatoriedade a tantas outras categorias de decisões judiciais, fato que criou uma gradação na eficácia dos precedentes.

Os precedentes com eficácia normativa, também chamados de precedentes vinculantes, têm sua obrigatoriedade pronunciada, sendo a formulação dessa categoria a grande responsável por assentar o precedente como fonte imediata do direito.

Da mesma maneira como ocorre no processo judicial, entendemos que os árbitros estão obrigados a respeitar as decisões vinculantes, hipótese defendida também por José Rogério Cruz e Tucci⁶².

Nesses casos, a não aplicação do precedente vinculante seria uma falha gravíssima no sistema, visto que o juiz togado e o árbitro dariam respostas diferentes a casos iguais, ambos utilizando-se do ordenamento brasileiro como arcabouço. Então, como anota Ana Tereza Basilio, sustentar o contrário representaria cisão do direito brasileiro:

“Sustentar o contrário seria admitir uma verdadeira cisão no Direito brasileiro, discrepante sobre temas idênticos de mérito, a depender de quem vai julgar o caso (um árbitro ou um juiz), o que acabaria por gerar indesejável insegurança e tornar o instituto da arbitragem desacreditado. Com base, pois, na prevalência do princípio da segurança jurídica e na integridade do sistema, deve-se concluir pela vinculação dos árbitros a todas as espécies de precedentes judiciais sobre temas de direito material, aos quais o legislador atribuiu eficácia vinculativa, tal como previsto no art. 927 do novo Código de Processo Civil.”⁶³

62. “Não tem sentido algum admitir que, de um lado, o juiz estatal encontre-se sujeito à incidência do precedente e, de outro, o árbitro esteja livre para afastar a sua observância. Quando nada, maculado estaria o princípio da isonomia, a desacreditar o juízo arbitral” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. O árbitro e a observância do precedente judicial. *ConJur*, 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial]. Acesso em: 13.04.2020).
63. Mas, a despeito da diferença dos institutos, consistiria em manifesta patologia sistêmica admitir-se a possibilidade, de um lado, de o juiz em uma demanda judicial estar vinculado ao precedente e, de outro, o árbitro em processo arbitral não, com fundamento nos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Por outro lado, as numerosas reformas pelas quais vem passando o direito brasileiro sempre buscaram aprimorar a prestação jurisdicional como um todo, trazendo uniformidade, consensualidade, facilitando o acesso à Justiça e tutelando novos direitos.

Assim, parece que contrariar esse natural movimento de coesão entre arbitragem e jurisdição estatal, nessa ordem, é obstar todo o caminho percorrido até os dias atuais. Além de não obedecer a lógica do sistema, esse cabo de guerra só enfraquecerá o sistema jurisdicional, conduzindo inexoravelmente ao desprestígio paulatino o instituto da arbitragem perante o Poder Judiciário.

Com relação aos precedentes persuasivos, situação diversa é apresentada. Esses possuem eficácia mediata ou secundária, assim como a analogia, os costumes, entre outras fontes do direito que concorrem para a formação do convencimento do julgador. Percebe-se, desse modo, que os julgadores, inclusive os árbitros, não estão obrigados a aplicar os precedentes persuasivos, mas isso não significa que devam ignorá-los solenemente.

Até porque os precedentes persuasivos possuem papel relevantíssimo no esforço pela uniformização e pela harmonização da jurisprudência. Apesar de não haver a obrigatoriedade da aplicação do precedente persuasivo pelo árbitro, entendemos que o ordenamento jurídico impõe-lhe um dever de ao menos levar em consideração essas decisões na formação de sua convicção.

Tal obrigação decorre, necessariamente, do dever de fundamentação/motivação das decisões, garantia prevista constitucionalmente no art. 93, IX, e repetida no Código de Processo Civil, em seu art. 489, § 1º, IV.⁶⁴ Como explicam Luiz Fux e Bruno Bodart, a fundamentação da decisão é essencial para provocar nas partes a confiança na solução oferecida. Veja-se:

“O Estado não deve se limitar a impor seus provimentos, pois o papel constitucional que lhe foi atribuído é promover a justiça e a pacificação social. Nesse contexto,

64. “A fundamentação do decisum é ponto crucial da concepção democrática do processo, tanto que insculpida na Carta Magna como garantia fundamental (art. 93, IX). Com efeito, a legitimidade democrática do Judiciário reside no fato de que, em juízo, a solução justa é encontrada pelo Estado-juiz em conjunto com as partes” (FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito. *Revista de Processo*, v. 269, jul. 2017. p. 422). Ainda sobre o tema da motivação das decisões cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Temas de Direito Processual*. 2. série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 104-120; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *Revista de Processo*, n. 168, fev. 2009. p. 53-65.

o convencimento das partes acerca da legitimidade da decisão é essencial. A sensação de frustração da parte derrotada é bastante amainada, se não eliminada, quando o julgador demonstra ter analisado todos os seus argumentos relevantes, opondo motivos racionais para o seu acolhimento ou não. Do contrário, o que se tem é denegação de justiça, provocando a revolta e o descrédito do Judiciário perante os cidadãos.”⁶⁵.

Conclui-se, por isso, que não há espaço na ordem constitucional brasileira para amparar raciocínio de absoluta autonomia do árbitro em relação aos precedentes. Ainda que seja possível vislumbrar diferentes graus de eficácia para os precedentes, acreditamos que todos deverão ser observados, em alguma medida, pelo árbitro quando as partes escolherem claramente o ordenamento brasileiro como aplicável.

5. O VALOR DOS PRECEDENTES JUDICIAIS SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Em razão da concreta aproximação entre as famílias da *civil law* e da *common law* no sistema pátrio⁶⁶, conforme já mencionado, paulatinamente foi crescendo no Brasil o estudo da Análise Econômica do Direito (AED), de origem anglo-saxônica, cujo berço foi a Escola de Chicago.

A Análise Econômica do Direito é uma escola de pensamento que busca, mediante a aplicação de ferramentas da microeconomia, auxiliar e propor desenhos normativos mais adequados e eficientes para que valores e direitos socialmente desejados sejam efetivamente implementados. Segundo Ivo Gico Jr.⁶⁷:

65. FUX, Luiz; BODART, Bruno. Op. cit., p. 423. A mesma lógica deve se aplicar ao juízo arbitral, uma vez que também foi constituído para efetivar a justiça e promover a pacificação social.

66. “Antes mesmo da entrada em vigor da Lei 13.105/2015, muito se discutia sobre a manifesta influência do direito anglo-saxão na elaboração do NCPC, que importou técnicas e institutos há muito utilizados nos países de sistema de common law. No afã de conferir maior celeridade processual, a fim de garantir a duração razoável do processo, com respeito às garantias fundamentais do processo, o legislador brasileiro recorreu legitimamente ao Direito Comparado. A partir de uma análise cuidadosa do texto do novo código, verifica-se que sua *mens legis* não é a conversão cega e absoluta ao sistema do common law ou a adoção irrestrita de instrumentos daquele sistema legal, mas sim assegurar uma tutela jurisdicional efetiva e compatível com a realidade contemporânea” (FUX, Luiz; FUX, Rodrigo. O novo Código de Processo Civil à luz das lições de José Carlos Barbosa Moreira, um gênio para todos os tempos. *Revista da EMERJ*, v. 20, 2018. p. 27).

67. GICO JUNIOR, Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, 2010. p.11.

“A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito.”

A Análise Econômica do Direito tem o foco na floresta, e não na árvore, na medida em que é apenas mais uma ferramenta ao dispor dos operadores do Direito na construção do seu raciocínio e na condução dos feitos (administrativos, judiciais e arbitrais)⁶⁸⁻⁶⁹.

Nessa perceptiva, os precedentes assumem valor importantíssimo na doutrina da Análise Econômica do Direito, seja pelo vetor eficiência do sistema jurídico por completo (notadamente visando à valorização das decisões judiciais e seus reflexos pedagógicos nos jurisdicionados, assim como à preservação dos princípios da isonomia e da segurança jurídica), seja pelo impacto que representa no mundo real (como, por exemplo, no denominado *Risco-Brasil*).

Segundo os ensinamentos de Richard Posner, os precedentes judiciais devem ser encarados como um estoque de capital⁷⁰ apto a gerar incrementos produtivos não só

68. Em nossa visão, a Análise Econômica do Direito pode ser utilizada como um elemento da “caixa de ferramentas” que é o Direito, que pode irrigar as discussões jurídicas com “argumentos para resolver casos práticos, ao modo do que as ferramentas fazem” (RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como “caixa de ferramentas” – uma nova abordagem da ação pública*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 69-70).

69. Na mesma direção que Luciano Benetti Timm e Bruno Meyerhof Salama, acreditamos que a Análise Econômica do Direito “serve, antes de tudo, para iluminar problemas jurídicos e para apontar implicações das diversas possíveis escolhas normativas” (SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 50).

70. “A primeira referência ao conjunto de regras jurídicas como um bem capital, com características de bem público, é o trabalho de Buchanan (2000 [1975]). Para Buchanan, os benefícios decorrentes da criação de uma regra jurídica, isto é, o retorno (yield) esperado não é auferido apenas em um período, como um show de fogos de artifício, mas continuamente no futuro, como um farol. O principal objetivo de se adotar leis seria restringir comportamentos em períodos futuros; restrições que, por sua vez, quando impostas a toda a coletividade, permitiriam o planejamento incorporador de previsões mais acuradas. O direito seria, portanto, um bem durável cuja utilidade se usufrui no decorrer do tempo (Buchanan, 2000 [1975], p. 99 e ss.). No ano seguinte à publicação do trabalho de Buchanan, Landes e Posner (1976) elaboraram um modelo econômico para a análise de precedentes legais derivado da teoria de formação de capital e investimento. Considerando a origem norte-americana dos autores, no modelo proposto foram consideradas apenas as regras jurídicas decorrentes de decisões

para futuras decisões do Judiciário, como também para o sistema jurisdicional como um todo⁷¹⁻⁷².

O conceito de capital jurídico pode ser definido como um conjunto de mandamentos jurídicos, de base legislativa ou jurisdicional (e.g., os precedentes judiciais)⁷³, aplicados pelo Poder Judiciário. O capital jurídico que proporciona um saldo positivo no estoque de capital advém da segurança jurídica⁷⁴ proporcionada pela efetividade das decisões judiciais, bem como pelo respeito aos precedentes.

Nessa toada, o instituto dos precedentes judiciais, na qualidade de fonte primária do Direito, compõe o capital jurídico de um Estado de Direito, e seus benefícios reverberam para além dos momentos de sua aplicação a casos análogos pelo Poder Judiciário ou pelas câmaras arbitrais. Afinal, o instituto pode ser investigado como mecanismo de (des)estímulo ao comportamento (in)eficiente dos jurisdicionados, evitando o manejo de recursos manifestamente protelatórios ou inadmissíveis, que resultariam no desperdício de recursos, bem como no próprio ajuizamento de demandas frívolas (quer pela via judicial, quer pela via arbitral).

Vê-se, por conseguinte, que os precedentes vinculantes devem ser tidos não apenas como um mandamento judicante para os Tribunais Arbitrais, mas como um paradigma de comportamento para os operadores do direito e para os cidadãos, tendo em vista que influenciam diretamente nos custos de transação de toda a sociedade e na assimetria de informação oriundos do ato de litigar⁷⁵.

Vale dizer, o estoque de capital resultante do respeito aos precedentes influencia justamente no processo decisório de litigância – seja no âmbito do Poder Judiciário, seja na arbitragem –, uma vez que, a um só tempo, fornece um prognóstico das

judiciais com força vinculante, os chamados precedentes, tendo sido excluídas as regras jurídicas oriundas de leis, constituição e regulação” (GICO JR., Ivo. A tragédia do judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do judiciário. (Tese de Doutorado) – UnB, 2012. p. 27. Disponível em: [<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46462/44453>]. Acesso em: 06.05.2020).

71. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 9. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014. p. 759.
72. FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito. *Revista de Processo*, v. 269, jul. 2017.
73. GICO JR., Ivo. Op cit., 2012, p. 27. Disponível em: [<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46462/44453>]. Acesso em: 06.05.2020.
74. KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Fairness Versus Welfare. In: *Harvard Law Review*, v. 114, n. 4, fev. 2001.
75. BAR-GILL, Oren. The evolution and persistence of optimism in litigation. *The Journal of Law, Economics & Organizations*, v. 22, dez. 2005.

chances dos potenciais litigantes em juízo e fomenta a adoção de métodos consensuais de resolução de conflitos⁷⁶.

Em relação à conduta dos árbitros, a sentença arbitral que decide em desacordo com precedentes vinculantes, ante as justificativas de que não seria possível o controle do julgamento do árbitro e de que os precedentes não seriam fonte de direito, além de equivocada sob a ótica sistêmica, dá azo ao ajuizamento das ações anulatórias – como será visto a seguir.

A adoção desse tipo de posicionamento pode gerar um nefasto fenômeno na escolha de procedimentos, não pelo notável valor assumido pela arbitragem na quadra atual, mas sim pela possível escolha de um resultado que será obtido ao “fugir” de um precedente vinculante – o que decerto colide com o espírito da lei, quanto mais da Constituição da República.

Fato é que, uma vez conferida essa perigosa “carta branca” aos árbitros, não ficaríamos surpresos com a explosão de ações anulatórias em razão da completa negativa de aplicação de precedentes vinculantes pelos tribunais arbitrais.

Esse é um claro exemplo do fenômeno de coletivização das externalidades negativas – como na “Tragédia dos Comuns”⁷⁷ –, pois, além dos prejuízos causados às partes em litígio, toda a sociedade absorve os ônus da utilização desmedida da máquina judiciária.

Enfim, vê-se que a sintonia fina entre os pontos nodais da AED (e.g., preocupação com incentivos, análise de custo-benefício e consequências agregadas da aplicação direta das leis e das decisões) e a novel lógica de alocação eficiente de recursos e de resultados, sustenta também a subordinação dos árbitros aos precedentes vinculantes.

6. MECANISMOS APTOS AO CONTROLE DA SENTENÇA ARBITRAL PROFERIDA EM DESCONFORMIDADE COM OS PRECEDENTES VINCULANTES

Como visto, malgrado a inexistência de julgado específico sobre o tema, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pensamos, no plano doutrinário, que o árbitro deverá aplicar o ordenamento jurídico de forma unitária nas arbitragens de direito

76. TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da law and economics. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 178, dez. 2009. p.153-179.

77. WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro. (Tese de Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

brasileiro, o que pressupõe seu respeito aos precedentes considerados vinculantes, por possuírem força normativa direta e imediata.

Toda a construção feita até agora não teria nenhuma relevância se não houvesse mecanismo algum apto a controlar eventuais abusos e violações. Surge, então, o questionamento de quais seriam os instrumentos que o ordenamento jurídico brasileiro teria dispensado para o controle da sentença arbitral quando esta violasse ou ignorasse o precedente judicial.

No Brasil, está consolidada a compreensão de que o modelo vigente privilegia a autonomia da arbitragem em relação ao Poder Judiciário e ao Estado, como assinalado por Carlos Alberto Carmona⁷⁸. Essa autonomia é vital para que a arbitragem possa atingir seu propósito no sistema brasileiro de justiça.

Dessa maneira, é inadequado cogitar da aplicação dos mecanismos tradicionais do direito processual para as hipóteses de violação do precedente, como também vem apontando a doutrina. Não é possível, por exemplo, falar em reclamação da sentença, segundo a lição de Eduardo Talamini⁷⁹. Sofia Temer também reproduz essa ressalva:

“Os precedentes judiciais são fonte de direito, compõem o ordenamento jurídico e devem ser ponderados pelos árbitros no exercício de sua função jurisdicional. A afirmativa não implica, contudo, na imediata importação à arbitragem dos remédios processuais (como reclamação) ou das mudanças procedimentais (como suspensão, julgamento de improcedência liminar, tutela de evidência) previstas para o processo judicial.”⁸⁰

Talamini, entretanto, defende que a discussão é um falso problema⁸¹, uma vez que os árbitros já demonstram um elevado respeito aos precedentes que os tribunais têm firmado, vislumbrando o autor que algum grau de controle já é um risco à arbitragem.

André Roque, por sua vez, entende que a sentença arbitral que ignora o precedente arbitral incorre em mero *error in iudicando*, sustentando que a sentença arbitral proferida em inobservância ao precedente escapa da ação anulatória⁸².

78. CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 423.

79. TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e precedentes: cinco premissas, cinco conclusões, um epílogo (e um vídeo). *Migalhas*, set. 2018. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depe-so/286703/arbitragem-e-precedentes-cinco-premissas-cinco-conclusoes-um-epilogo-e-um-video]. Acesso em: 13.04.2020.

80. TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. *Revista de Processo*, v. 278, abril. 2018, passim.

81. TALAMINI, Eduardo. Op. cit.

82. “Não há razão para que a inobservância ao precedente pela sentença arbitral seja tutelada de forma mais enérgica que a violação à lei. Embora indesejável, trata-se de *error in iudicando* pelo árbitro, o qual escapa aos domínios da ação anulatória, que não pode, nem deve, ser

Sempre respeitando as vozes em sentido contrário, não entendemos tratar-se de um falso problema, tampouco parece razoável defender que o completo descompasso entre a sentença arbitral e os precedentes vinculantes seria mero *error in iudicando*, inapto a suscitar eventual controle de validade por parte do Poder Judiciário.

Em um Estado Democrático de Direito, que prevê o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição como cláusula pétrea e veda aos juízes o *non liquet*, não nos parece coerente aceitar a possibilidade de uma mazela patente sem o respectivo remédio.

Não se pode outorgar uma “carta branca” para que os árbitros deixem de aplicar os dispositivos do novo CPC cuja *ratio essendi* emana da Constituição Federal. É indireta a violação dos dispositivos infraconstitucionais que enumeram os precedentes vinculantes. Tal hipótese revela, a bem da verdade, afronta direta e contundente aos postulados da segurança jurídica, da isonomia, da ordem pública e do devido processo legal, todos plasmados na Carta Magna.

Como se sabe, a ação anulatória é o mecanismo de controle da arbitragem por excelência, que objetiva a invalidação da sentença arbitral para desconstituir a decisão que contenha algum dos vícios previstos no art. 32 da Lei de Arbitragem⁸³. Para Carmona, o rol do art. 32 é taxativo, “de modo que não podem as partes ampliar os motivos de impugnação nem estabelecer na convenção de arbitragem novas formas de revisão judicial do laudo”⁸⁴. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que as partes devem limitar-se a alegar os vícios elencados no rol do art. 32 da Lei de Arbitragem⁸⁵.

Apesar de ser relevante a preservação de autonomia da arbitragem, sobretudo tendo em vista a impossibilidade de revisão judicial do mérito da decisão arbitral⁸⁶, a negativa de aplicação do precedente vinculante, além de violar os limites impostos pela cláusula compromissória e/ou do compromisso arbitral que elegera o *direito brasileiro*, também atenta contra a ordem pública brasileira, núcleo duro do Estado de Direito.

Antônio Sampaio Caramelo esclarece que a ordem pública é um conceito indeterminado e imprescindível ao direito⁸⁷. Trata-se, é verdade, de conceito de difícil

banalizada no Brasil.” (ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC? *Jota*, 2016. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016]. Acesso em: 13.04.2020.

83. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2019.

84. CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 423.

85. STJ, REsp 1.736.646/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 05.06.2018.

86. TEMER, Sofia. Op. cit., p. 529.

87. A ordem pública é uma cláusula geral ou conceito indeterminado, semelhante a outros (boafé, bons costumes, moral, justiça, equidade) a que o legislador frequentemente recorre e de

contorno e densificação, necessitando de grande esforço hermenêutico da doutrina e da jurisprudência para sua compreensão.

Como destaca Ruy Rosado de Aguiar, a ordem pública

“não é um conceito estático, mas dinâmico e externo, que varia conforme as circunstâncias de tempo e de lugar. É conceito conjuntural. Assim, atualmente, a tutela da dignidade da pessoa humana é de ordem pública, e também o respeito ao meio ambiente, temas novos que agora podem ser considerados como determinantes de questões de ordem pública. O que hoje não é, amanhã poderá sê-lo, como o número de filhos, a transgenia, o uso da internet, dentre outros.”⁸⁸

Como lembrado por Humberto Santarosa de Oliveira, em artigo específico sobre o tema de cabimento de ações anulatórias por violação da ordem pública,

“há diversas normas processuais constitucionais que possuem grande relevância e importância, motivando seu enquadramento no conceito de ordem pública processual, mesmo porque teriam como fim não apenas a segurança jurídica, como também a própria isonomia entre as partes em conflito.”⁸⁹

Apesar da dificuldade de conceituar a ordem pública, a nosso ver, o desrespeito aos precedentes vinculantes configura a sua violação, dado que todo o pensamento contemporâneo jurisdicional foi forjado para garantir a isonomia, a segurança jurídica nos julgamentos e a absoluta observância ao devido processo legal, valores essenciais para um Estado de Direito.

Para Ruy Rosado de Aguiar, não é possível que o árbitro ignore, por exemplo, enunciado vinculante do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade concentrado, sem que haja ofensa à ordem pública, porquanto não se mostra razoável a existência de duas ordens jurídicas ou de espaços jurisdicionais extrajurídicos⁹⁰.

que os sistemas jurídicos sofisticados não prescindem. Tal como acontece com outros conceitos indeterminados, também o de “ordem pública” tem de ser densificado ou integrado pela jurisprudência, com o auxílio da doutrina, conferindo-se-lhe conteúdo preceptivo que o habilite a auxiliar as normas de carácter casuístico na regulação das situações concretas.

88. AGUIAR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 202.

89. OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Anulação da sentença arbitral nacional por violação da ordem pública*, p. 10. Disponível em [www.academia.edu]. Acesso em: 13.05.2020.

90. “O árbitro está submetido ao sistema de precedentes vinculantes oriundos do Supremo Tribunal Federal, com assento na Constituição da República. Assim, no que diz com esses enunciados, que existem para aplicar e respeitar a Constituição, que sempre são de repercussão geral (pressuposto para o conhecimento do recurso), penso que os árbitros devem respeitá-los, sob

Nesse sentido, comungamos da ideia de que, nessas raríssimas exceções a serem analisadas caso a caso, quando se estiver diante de completa negativa de aplicação de precedentes vinculantes, será possível a propositura de ação anulatória, não pelo rol do art. 32, mas sim com lastro no art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem, o qual prevê que as regras escolhidas pelas partes não poderão violar a ordem pública. Ora, a Lei de Arbitragem, inclusive numa interpretação teleológica do art. 32, deve ser lida com os olhos voltados para a *mens legis*, que reside justamente no Capítulo I das disposições gerais desse importante regramento.

Nunca é demais lembrar que o Superior Tribunal de Justiça não defere o *exequatur* de sentença arbitral estrangeira que ofenda a ordem pública e a soberania nacional⁹¹. Dessa forma, parece haver uma omissão no sistema ao reconhecer a violação da ordem pública quando advier de sentença estrangeira, mas ignorá-la quando ocorrer em território nacional⁹².

A segunda hipótese, a nosso ver, capaz de fundamentar o controle da decisão arbitral que não observou o precedente vinculante seria aquela prevista no inciso IV do art. 32 da Lei de Arbitragem. Como se sabe, é inválida a sentença arbitral que “for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem”.

Como já ventilado neste ensaio, nas arbitragens de direito, quando as partes elegerem o Direito brasileiro para solucionar a controvérsia, todas as fontes do Direito devem ser aplicadas, sendo impossível a cisão do ordenamento.

Guilherme Rizzo Amaral comenta que

“o árbitro vincula-se aos precedentes judiciais na medida em que as partes elegem arbitragem de direito e que os precedentes judiciais vinculantes integram o Direito

pena de ação de anulação. Não me parece razoável que existam no país duas ordens jurídicas, uma que decorre da decisão do STF que a todos obriga, juízes e Administração Pública, e outra que venha a ser estabelecida livremente pelo árbitro, que resolve a causa sem examinar o enunciado vinculante. A lei declarada inconstitucional em controle concentrado de inconstitucionalidade pelo STF não pode ser aplicada pelo árbitro sem ofensa à ordem pública constitucional. De outra parte, não pode ele deixar” (AGUIAR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 199).

91. Ver, por exemplo, STJ, SEC 9.412/EX, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 19.04.017; STJ, SEC 978/GB, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, j. 17.12.2008.

92. Nesse mesmo sentido: “A ordem pública, que abraça as normas que buscam empreender a coerência e coesão necessária de qualquer sistema jurídico, certamente é hipótese de anulação da sentença arbitral, mesmo sem estar prevista de forma expressa na Lei 9.307/96. E esta aplicabilidade não pode jamais se restringir à denominada ordem pública internacional, ainda mais quando se está diante da sentença arbitral nacional, cujo resultado interessa, em maior medida, ao próprio país prolator da decisão” (OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Anulação da sentença arbitral nacional por violação da ordem pública*, p. 17. Disponível em: [www.academia.edu]. Acesso em: 13.05.2020).

brasileiro. É dizer: não está o árbitro vinculado aos precedentes por conta da (inexistente) aplicação direta de dispositivos do CPC à arbitragem, mas pela vontade das partes que deram ao árbitro a missão de julgar conforme o direito.”⁹³

Não parece restar outra conclusão, senão a de que o árbitro que desrespeita ou ignora precedente judicial está, na verdade, violando a vontade das partes que livremente optaram pela resolução da contenda em consonância com as regras do Direito brasileiro⁹⁴.

De outro modo, estar-se-ia diante de uma arbitragem por equidade, e não de direito, pois “[n]o Brasil, quando o árbitro decide por equidade sem autorização das partes, está decidindo fora dos limites da convenção de arbitragem, atraindo a sanção de nulidade para sua sentença, nos termos do artigo 32, IV, da LArb.”⁹⁵, o que representa afronta aos limites fixados no compromisso arbitral.

Márcio Bellocchi afirma que,

“[s]e as partes livremente pactuaram, na convenção arbitral, que o direito brasileiro seria o aplicável para o julgamento da controvérsia e, se os árbitros deixaram de fundamentar sua decisão em precedente obrigatório – existente e aplicável ao caso -, a sentença arbitral, a nosso ver, foi proferida ‘fora dos limites da convenção de arbitragem’, acarretando, portanto, sua nulidade.”⁹⁶

Por fim, o art. 32 da Lei de Arbitragem deve receber interpretação de acordo com a Constituição da República⁹⁷, não se podendo admitir que sentenças que violem

93. AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit.

94. Havendo violação da vontade das partes, naturalmente surge a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário. Veja-se: “[n]esse cenário, penso que o Poder Judiciário é competente para dirimir as questões necessárias à instauração do Juízo alternativo de resolução de conflitos, inclusive a alegada inexistência da cláusula compromissória, de modo a tornar efetiva a vontade das partes ao instituírem a cláusula compromissória” (STJ, CC 151.130/SP, rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 27.11.2019).

95. AMARAL, Guilherme Rizzo. Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais. *ConJur*, 2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais]. Acesso em: 13.04.2020.

96. BELLOCCHI, Márcio. Precedente vinculantes e a extensão da expressão ‘aplicação do Direito Brasileiro na convenção de arbitragem. (Dissertação de Mestrado) – apresentada à PUC-SP, 2017. p. 188). Disponível em: [https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20254]. Acesso em: 11.04.2020.

97. A esse respeito, vale lembrar que “oportunidade para interpretação conforme à Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 222).

garantias fundamentais da jurisdição sejam consideradas válidas. Se a estrutura do devido processo legal foi vulnerada, deve-se possibilitar o controle de validade da sentença arbitral.

Nesse sentido, extraímos das lições de Paulo Lucon, Rodrigo Barioni e Elias Marques de Medeiros Neto que

“[e]rros grosseiros e evidentes, em total descompasso com a lei brasileira e que não dependam de esforço interpretativo, estão protegidos pela possibilidade de anulação da decisão arbitral, já que eles ultrapassam os próprios limites impostos pela convenção”⁹⁸

De forma sintética e assertiva, entendemos que caberá ação anulatória contra a sentença arbitral que desrespeitar os precedentes vinculantes, sob possíveis dois fundamentos distintos: a) por violação à ordem pública, com base no art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem, o qual prevê que as regras escolhidas pelas partes não poderão violar a ordem pública; e b) por afronta ao inciso IV do art. 32 da Lei de Arbitragem, porque proferida “fora dos limites da convenção de arbitragem”.

7. CONCLUSÃO

Em síntese, buscou-se demonstrar que a arbitragem possui genuína natureza jurisdicional, não funcionando como mero equivalente, mas, de maneira voluntária, é eleita pelas partes como mecanismo adequado para a resolução de determinado conflito.

Os árbitros, assim como os juízes togados, têm a obrigação de atender aos escopos da jurisdição (jurídicos, políticos e sociais) e de zelar pelo fiel cumprimento da Constituição da República e das leis que compõem o ordenamento jurídico pátrio nas arbitragens de direito sob a égide da legislação nacional.

Foram analisadas as evoluções pelas quais o direito brasileiro vem passando, notadamente com relação ao sistema de precedentes instituído no Brasil pelo novo Código de Processo Civil, cujo ideário foi oferecer instrumentos aptos a proporcionar maior efetividade à aplicação dos mandamentos constitucionais e das normas legais.

A partir de então, sustentou-se ser imperativo para os árbitros, nas arbitragens de direito ao abrigo da legislação nacional, que observem os precedentes vinculantes,

98. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BARIONI, Rodrigo; e MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A causa de pedir das ações anulatórias de sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 46, 2015. p. 268.

em virtude de os pronunciamentos indicados no art. 927 do CPC/2015, definidos pelo legislador como fonte do *direito brasileiro*, compõem o ordenamento jurídico, mesmo que a lei seja tomada em sentido formal.

Também à luz da análise econômica do direito, resta claro que um sistema de precedentes vinculantes coeso e uniforme funciona como estoque de capital jurídico, gerando significativo ganho para a sociedade. Uma maior previsibilidade e a unidade do sistema jurisdicional são fundamentais para a redução do número de contendas judiciais ou arbitrais e para a obtenção do desiderato da efetividade numa visão chiovendiana.

Tendo em vista a natureza jurisdicional do procedimento arbitral, dificilmente seria possível vislumbrar a possibilidade de desvincular os árbitros dos precedentes vinculantes, uma vez que é inviável a criação de ambientes extrajurídicos e, simultaneamente, considerados jurisdicionais.

Por fim, demonstrou-se que a violação da ordem pública e dos limites da convenção de arbitragem oferecem elementos suficientes para a propositura de ação anulatória contra decisões que desconsiderarem precedentes vinculantes, em uma interpretação da Lei de Arbitragem conforme a Constituição da República.

A observância pelo árbitro dos precedentes (vinculantes) é, de fato, um dos temas mais delicados envolvendo a arbitragem. Seu enfrentamento, diante de tantas vozes respeitadas que já se pronunciaram acerca da matéria, exige determinação.

A advertência final é obtida a partir das reflexões do *Justice Cardozo*, na obra seminal sobre o tema dos precedentes vinculantes, aqui já antes invocada:

“Se um grupo de casos envolve o mesmo ponto, as partes esperam a mesma decisão. Grande injustiça seria decidir casos alternados tomando como base princípios opostos. Se um caso foi decidido contra mim ontem, quando eu era o réu, esperarei o mesmo julgamento hoje, se for o autor. Decidir de modo diferente levantaria um sentimento de injustiça e de ressentimento em meu íntimo; seria uma infração material e moral de meus direitos’.

Todos sentem a força desse sentimento, quando dois casos são semelhantes.

A adesão ao precedente deve, pois, ser a regra e não a exceção, se se quer que os litigantes tenham fé na igualdade de condições na distribuição de justiça pelos tribunais. Sentimento igual em espécie, embora diferente em grau, está na fonte da tendência demonstrada pelo precedente, de estender-se ao longo das linhas de desenvolvimento lógico.”⁹⁹

99. CARDOZO, Benjamim N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Ed. Nacional de Direito, p. 15.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO JÚNIOR, Hélcio Luiz; SOARES, Marcele Carine dos Praseres. A alteração do sistema das fontes do direito brasileiro pelas súmulas vinculantes e pelos princípios normativos. *Revista dos Tribunais*, v. 170, jul.-ago. 2016.
- AGUIAR, Ruy Rosado de. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ*. Brasília: STJ, 2019. p. 193-224.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23/09/1996)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais. *ConJur*, 2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais]. Acesso em: 13.04.2020.
- ARAÚJO, Nádia. O STJ e a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: dez anos de atuação. In: TIBÚRCIO, Carmen; MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael (Org.). *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *Revista de Processo*, n. 168, fev. 2009.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Em direção ao common law? In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coords.). *O Processo em perspectiva: Jornadas brasileiras de Direito Processual – Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (Coords.). *Projeto do novo Código de Processo Civil – 2ª Série*. Estudos em Homenagem a José Joaquim Calmon de Passos. Salvador: JusPodivm, 2012.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Temas de Direito Processual*. 2ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. *Revista de Processo*, v. 92, 1998.
- BAR-GILL, Oren. The Evolution and Persistence of Optimism in Litigation. *The Journal of Law, Economics & Organizations*, v. 22, dez. 2005.
- BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, a. 15, n. 3, jul.-set. 2016.
- BASÍLIO, Ana Tereza. A arbitragem e a sua controversa vinculação aos precedentes do novo Código de Processo Civil. *Editora Justiça e Cidadania*, set./2018. Disponível em: [www.editorajc.com.br/arbitragem-e-sua-controversa-vinculacao-aos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil/]. Acesso em: 13.04.2020.

- BELLOCCHI, Márcio. Precedente vinculantes e a extensão da expressão 'aplicação do Direito Brasileiro na convenção de arbitragem. (Dissertação de Mestrado) – apresentada à PUC-SP, 2017. Disponível em: [<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20254>]. Acesso em: 11.04.2020.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2017.
- CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione. In: *Scritti in onore di Nicola Picardi*. Pisa: Pacini Editore, 2016. t. I.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. versão eletrônica.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei n.º 9.307/96*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- CARAMELO, Antônio Sampaio. Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 32, jan.-mar. 2012. p. 133-173.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. *Revista de Processo*, v. 58, abr.-jun./1990.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CORDEIRO, Menezes Antônio. *Tratado de Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: 2016. t. I.
- CREMASCO, Suzana Santi; SILVA, Tiago Eler. O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 59, jul.-dez. 2011.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. O árbitro e a observância do precedente judicial. *ConJur*, 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial]. Acesso em: 13.04.2020.
- DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. *Revista de Direito Renovar*, n. 17, mai.-ago. 2000. Disponível em: [www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf]. Acesso em: 13.04.2020.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil., parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador JusPodium, 2018. v. 1.
- DIDIER JR. Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, a. 2015, jul.-dez. 2015.
- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

- FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação. (Dissertação de Mestrado) – apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.
- FONSECA, Rodrigo Garcia. Reflexões sobre a sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, jul.-set. 2005.
- FUX, Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do direito. *Revista de Processo*, v. 269, jul. 2017.
- FUX, Luiz; FUX, Rodrigo. O novo Código de Processo Civil à luz das lições de José Carlos Barbosa Moreira, um gênio para todos os tempos. *Revista da EMERJ*, v. 20, 2018.
- FUX, Rodrigo. O novo processo civil brasileiro: ideologia, princípios e institutos. (Dissertação de Mestrado) – apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, 2015.
- GICO JR., Ivo. A tragédia do Judiciário: Subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. (Tese de Doutorado) – UnB, 2012. p.27. Disponível em: [<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46462/44453>]. Acesso em: 06.05.2020.
- GICO JUNIOR, Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, 2010.
- KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Fairness Versus Welfare. In: *Harvard Law Review*, v. 114, n. 4, fev. 2001.
- KATCHI, Antônio. *Dicionário da parte geral do código civil português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e Perspectivas da Arbitragem no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, jul.-set. 2016.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BARIONI, Rodrigo; e MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A causa de pedir das ações anulatórias de sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, volume 46, 2015, p. 265-276.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- MARTINS, Pedro A. Batista. *O poder judiciário e a arbitragem*. quatro anos da lei 9.307/96 (parte I e II). In: [<http://batistamartins.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/o-poder-judiciario-e-arbitragem-quatro-anos-da-lei-n-9-30796-parte-i-e-ii.pdf>]. Acesso em: 14.05.2020.
- MARTINS, Pedro A. Batista. Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o projeto de lei do senado nº 78/92. In: [<http://batistamartins.com/anotacoes-sobre-arbitragem-no-brasil-e-o-projeto-de-lei-do-senado-n-7892/>]. Acesso em: 14.05.2020.

- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- NASSER, Paulo Magalhães. *Vinculações arbitrais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Anulação da sentença arbitral nacional por violação da ordem pública*. Disponível em: [www.academia.edu]. Acesso em: 13.05.2020.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 9. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como “caixa de ferramentas” – uma nova abordagem da ação pública*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC? *Jota*, 2016. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016]. Acesso em: 13.04.2020.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SALOMÃO, Luis Felipe. *A atualização da lei de arbitragem*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/211461/a-atualizacao-da-lei-de-arbitragem]. Acesso em: 04.05.2020.
- TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e precedentes: cinco premissas, cinco conclusões, um epílogo (e um vídeo). *Migalhas*, set. 2018. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/286703/arbitragem-e-precedentes-cinco-premissas-cinco-conclusoes-um-epilogo-e-um-video]. Acesso em: 13.04.2020.
- TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, v. 199, set. 2011.
- TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. *Revista de Processo*, v. 278, abr. 2018.
- TIBÚRCIO, Carmen. Arbitragem no Brasil: panorama dos últimos 15 anos. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO (org.) *Arbitragem: temas contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da law and economics. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 178, dez. 2009.
- WALD, Arnaldo. Maturidade e originalidade da arbitragem no direito brasileiro. In: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Malheiros, 2008.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. Tese de Doutorado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo civil. *Revista de Processo*, v. 235, set. 2014.

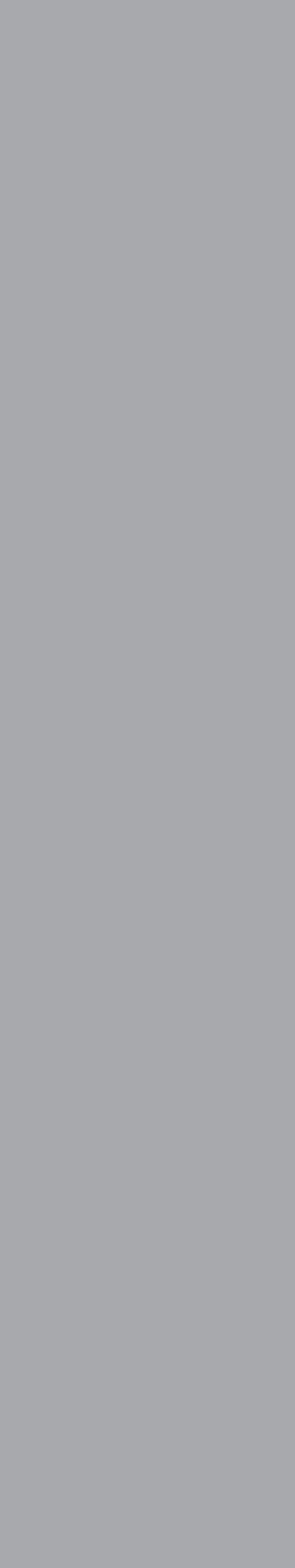
PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- O necessário precedente arbitral, de Luiz Fernando Martins Kuyven – *RARB* 36/295-315 e *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação* 1/1015-1037 (DTR\2013\2511);
- Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral?, de Lucas Buriel de Macêdo e Maria Eduarda Almeida – *RePro* 305/377-399 (DTR\2020\7688); e
- Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória, de Sofia Temer – *RePro* 278/523-543 (DTR\2018\10633).

The background features a light gray gradient with several overlapping, semi-transparent circles of varying shades. A dense pattern of fine, light gray lines radiates from the bottom right towards the top left, creating a textured effect.

Mediação e Outros Métodos



DO RISCO CONTRATUAL À ESTRATÉGIA DO USO DA MEDIAÇÃO E DA ARBITRAGEM

FROM RISK AGREEMENT TO STRATEGY OF THE USE OF MEDIATION AND ARBITRATION

VIVIEN LYS PORTO FERREIRA DA SILVA

Mestre em Direito pela PUC-SP (onde também possui Graduação). Especialista em contratos pela PUC-SP. Professora convidada da Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP). Professora da Pós-Graduação em Direito Processual Civil em Arbitragem e Mediação da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Educação Executiva em Negociação e Mediação na *Harvard University*. Integrante do corpo de Mediadores e Árbitros de Câmaras Brasileiras. Presidente do Grupo de Arbitragem e Mediação da Associação Internacional de Direito de Seguro (AIDA). Advogada empresarial. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar). Autora de artigos e livros sobre contratos e mediação.

vivienlys@pff.adv.br

ÁREAS DO DIREITO: Civil; Arbitragem

RESUMO: A cada contrato celebrado, os contratantes assumem o dever de colaboração para o seu adimplemento e, ao mesmo tempo, adquirem, inconscientemente, um risco de um evento incerto e eventual que pode gerar a quebra do programa contratual. O risco contratual independe da autonomia privada dos contratantes e exige, em caso de conflito, a adoção de medidas eficazes para minimização de seus efeitos, como a mediação e a arbitragem.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato – Dever colaboração – Risco contratual – Autonomia privada – Conflito – Mediação – Arbitragem.

ABSTRACT: Once a contract is signed, the contracting parties become obliged for cooperation duty with the aim to its performance and, at the same time, they assumption, unconsciously, a risk for an eventual and contingent event which may cause the ruin of contractual program. The risk agreement is not connected with the contracting parties' private autonomy and it requires, in case of conflict, the adoption of efficient remedy to minimize its effect, as well as mediation and arbitration.

KEYWORDS: Contract – Cooperation duty – Risk Agreement – Private Autonomy – Conflict – Mediation – Arbitration.

SUMÁRIO: 1. O risco contratual aos fatos supervenientes. 2. A impossibilidade do cumprimento da obrigação. 3. Matriz de risco. 4. A gestão do risco do conflito. 5. O mapeamento do conflito para a escolha do método adequado de solução. 6. A mediação como medida de sustentabilidade ao adimplemento contratual. 7. A arbitragem como método a administrar o risco ao conflito. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

1. O RISCO CONTRATUAL AOS FATOS SUPERVENIENTES

A liberdade de contratar é pautada na celebração de um negócio jurídico formado pela autonomia privada e dentro de um objeto lícito, determinado ou determinável, possível, com agente capaz, e dentro da forma prescrita ou não em lei (Código Civil, artigo 104).

Essa liberdade é o ato sublime da manifestação de vontade dos contratantes que detêm o direito de criar, modificar e extinguir as obrigações conforme regramento contratual a ser disposto no instrumento contratual a ser firmado entre elas. No ato da assinatura do contrato, surge a necessidade da cooperação entre as partes¹.

De fato, a autonomia privada é vista como um poder de criar normas individuais, sendo concretizada pelo negócio jurídico que precisa ser equilibrado a fim de satisfazer o interesse bilateral ou plurilateral de todos os contratantes.

O equilíbrio só pode ser encontrado, conforme assevera Giovanni Ettore Nanni, pela

“simbiose entre a autonomia privada e o negócio jurídico, que reclama a superação dos antigos conceitos do direito civil. Não se fala mais na vontade ilimitada do indivíduo para firmar um negócio, mas na relação da vontade privada que encontra espaço ou autonomia no ordenamento jurídico com a vontade de outrem para firmar-se uma relação jurídica obrigacional. Não prevalece mais a vontade interna do sujeito, mas a vontade observada externa e objetivamente, diante do ordenamento jurídico, em consonância à autonomia privada².”

Se na esfera do Direito Privado, as partes possuem esse poder calcado na liberdade de contratar com o dever de cooperação, a responsabilidade pelo risco contratual é inerente à natureza jurídica de toda a espécie contratual. No momento da fase

1. “LOTUFO, Renan. “Evolução histórica do direito das obrigações (Renan Lotufo)”. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2.
2. NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. *CADERNOS DE AUTONOMIA PRIVADA*. Curitiba: Juruá, n. 2, 2001. p. 172.

pré-contratual, os contratantes envidam todos os seus esforços para a programação de todas as estruturas necessárias da consecução do fim comum consistente no cumprimento de todas as obrigações contratuais. Mesmo com todo esse foco, o risco contratual fica subjacente no programa contratual e merece tutela jurídica específica tanto na previsão das cláusulas pré-dispostas no instrumento jurídico, bem como no gerenciamento desse risco, caso haja o inadimplemento parcial ou total de determinada obrigação que gera o conflito.

O vínculo contratual é estruturado pelas cláusulas gerais do Código Civil (artigos 113, 421 e 422) – mesmo que não existam cláusulas expressas no negócio jurídico sobre essas questões – e pelos deveres de lealdade, cooperação e solidariedade, os quais são inerentes em todo programa contratual por se constituírem a tríade do adimplemento³.

Vale pontuar que por mais que as partes sigam as cláusulas gerais e a tríade do adimplemento, o risco contratual não é eliminado.

O risco, nas Ciências Econômicas, pode ser conceituado pela

“intervenção de uma civilização que busca tornar previsíveis as consequências imprevisíveis das decisões tomadas, controlar o incontrolável, sujeitar os efeitos colaterais a medidas preventivas conscientes e aos arranjos institucionais apropriados⁴.”

Por analogia a essa conceituação utilizada na Economia, o risco contratual pode ser definido como aquele evento incerto e imprevisível, que o regramento contratual visa criar regras pré-definidas com medidas protetivas para minimizar seus efeitos, e definir as hipóteses de reconstrução do sinalagma e, em sua impossibilidade, hipóteses de indenizações. Mas nenhuma lei contratual tem o condão de evitá-lo ou prevê-lo na exatidão da sua ocorrência, nem na exatidão dos seus danos.

A definição do risco contratual é um desafio na medida em que a sua previsão transcende as cláusulas pré-dispostas no instrumento contratual. Os riscos possíveis de serem dispostos no programa contratual ganham uma *maior importância à definição dos riscos próprios do contrato celebrado. A sua devida consideração minora as dificuldades às quais o intérprete se encontra submetido, toda vez que se depara com litígio instaurado para discutir a relevância dos impactos causados pelos fatos supervenientes à*

3. LISBOA, Roberto Senise. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In: DINIZ, Maria Helena. *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 85.

4. BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo?* Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo: UNESP, 2003. p. 113-117.

*conclusão do negócio*⁵. Mas se não há previsão, o risco contratual passa a ser matéria de estudo do presente artigo.

As quebras do programa contratual decorrentes da materialização dos riscos possíveis e supervenientes em qualquer espécie de negócio jurídico se estiverem previsíveis no instrumento do negócio jurídico são facilmente solucionáveis. Entretanto, o desafio para o operador do Direito inicia-se quando o risco contratual não vem disposto no regramento e tampouco foi possível prever em razão das circunstâncias da celebração do negócio jurídico ou mesmo pela sua própria especificidade.

A questão da especificidade é elemento de suma importância na matéria de risco contratual como pontua Cristiano de Sousa Zanetti, ao transcrever os ensinamentos da Profa. Judith Martins-Costa e Vincenzo Roppo:

“Quanto maior a especificidade do fato superveniente, menor a chance de enquadrá-lo no risco pactuado. Todos sabem que haverá guerras. Ninguém podia prever, entretanto, a extensão das recentes revoltas nos países árabes, como já esclarecer em contexto semelhante⁶.”

A visão doutrinária acima é facilmente constatada no mundo contemporâneo pela pandemia mundial vivenciada pela COVID-2019 no início do ano de 2020,⁷ que ocasionou Estado de Emergência de Saúde Pública, ensejando inexecuções de obrigações nas mais diversas espécies de contratos nacionais e transnacionais sem a menor chance de previsão contratual para o seu enquadramento. O risco era imprevisível e invisível (o coronavírus). Seus danos são concretos e desastrosos. Sua solução é ainda desconhecida. A fórmula para o reencontro do equilíbrio econômico financeiro do contrato ainda não apresenta jurisprudência consolidada.

Eis a primeira evidência efetiva que o risco contratual exige uma reprogramação do regramento do contrato, convidando o operador do Direito a abrir seus horizontes.

É indiscutível que o risco contratual ganha maiores proporções nos contratos de execução continuada, na medida em que a perpetuação do cumprimento de uma obrigação ao longo do tempo abre margens para que o risco se perpetue no programa contratual.

5. ZANETTI, Cristiano de Sousa. *O risco contratual. Sociedade de risco e o direito privado*. LOPEZ, Teresa Ancona. LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. (Coords.). Rio de Janeiro: Atlas, 2013. p. 461.

6. Op. cit., p. 466.

7. No Brasil, houve a declaração do Estado de Emergência da Saúde Pública pela Lei Federal 13.979/2020, de 06 de fevereiro de 2020, decorrente do surto causado pela COVID-19, gerando uma crise econômica, financeira e social, que ainda vai trazer à sociedade inúmeros reflexos e danos inimagináveis.

Já nos contratos de execução continuada em razão do cumprimento das obrigações ser diferido durante o lapso temporal pré-definido no contrato ou fixado por prazo indeterminado, o risco aumenta e eleva as consequências da alteração das circunstâncias negociais que podiam ou não ser previstas pelas partes no momento da celebração do negócio jurídico.

O risco, dentro de um contrato, é elemento concreto exatamente pelo fato de que nenhum dos contratantes consegue prever o futuro⁸, pois se esse poder fosse concedido aos sujeitos de direitos não haveria conflitos oriundos da inexecução contratual. Mas isso é utopia. E o presente artigo visa enfrentar a realidade e apresentar soluções possíveis e sustentáveis aos conflitos oriundos dos riscos contratuais.

O futuro da execução de um contrato pode levar a um risco se houver um fato superveniente capaz de gerar o desequilíbrio econômico-financeiro do programa contratual.

Ressalte-se, que nem todo fato superveniente é gatilho caracterizador do risco contratual que merecerá a tutela jurídica. Cada ruptura contratual necessita da hermenêutica jurídica à subsunção do caso concreto a fim de verificar se há um risco a ser tutelado, pois o contrato é lei entre as partes e sua revisão ou resolução exige cautela.

O princípio do *pacta sunt servanda* continua em pleno vigor em nosso sistema jurídico, mas o trabalho atual do jurista contemporâneo é aplicá-lo na exata medida da justiça contratual⁹ diante do risco para a construção de uma nova doutrina do direito obrigacional¹⁰.

Essa nova doutrina do direito obrigacional que apresenta a simbiose do risco contratual com o princípio do *pacta sunt servanda* já é realidade na Europa, existente no projeto *Draft Common Frame of Reference*¹¹ referente à unificação do direito dos contratos. De acordo com essa codificação europeia, na concretização do risco contratual em decorrência de um fato superveniente, esse fato não enseja a intervenção automática do Poder Judiciário para revisão do programa contratual que sofreu a quebra do seu sinalagma. Ao contrário, a referida normativa obriga os contratantes, em um primeiro momento, a cumprir a obrigação nos exatos termos previstos abaixo:

-
8. ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 1015.
 9. CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na “sociedade de direito privado”. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica, 1997. p. 51.
 10. LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.
 11. Disponível em: [www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf]. Acesso em 17.06.2020.

“III – 1:110: Variation or termination by court on a change of circumstances

An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.”

O movimento automático ao endereçamento ao Poder Judiciário, predominante no Brasil, na ocorrência de um fato superveniente, que gere um risco contratual, precisa começar a ser dosado e repensado a cada conflito. É fato que o lado positivo do risco contratual é que o ordenamento jurídico brasileiro já positivou tutelas jurisdicionais de salvaguarda do programa contratual que são instrumentos de revisão ou resolução do contrato diante de fatos supervenientes.

Mas será que a atual geração de juristas brasileiros não possui maturidade suficiente para enfrentar a ruptura do programa contratual causada pela materialização do risco contratual, sem socorrer-se do Poder Judiciário como reflexo automático de todo e qualquer contrato descumprido? A resposta completa a esse questionamento será respondida nos itens (6) e (7) do presente artigo, a fim de não seja desviado o foco do presente tópico.

Pois bem, a fim de concluir o presente tópico, resta-nos conceituar o que venha a ser “fatos supervenientes”. A IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários, do Conselho da Justiça Federal, em 2006, já enfrentou essa questão quando aprovaram o enunciado 366 destinado a evidenciar a materialização dos riscos próprios ao contrato não pode dar margem à intervenção judicial conforme a redação abaixo:

“Art. 478. O fato extraordinário e imprevisível causador da onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.”

Pelo enunciado acima, depreende-se que fato superveniente é aquele extraordinário e imprevisível, que gera o desequilíbrio contratual, por meio da onerosidade excessiva, e não estava previsto pelos riscos inerentes ao programa contratual.

Diante da ocorrência de um fato superveniente, o ordenamento jurídico brasileiro prevê em seus artigos 317 e 478, ambos do Código Civil, a intervenção do Estado-Juiz para que reestabeleça a simbiose entre a autonomia privada e o equilíbrio necessário do programa contratual do negócio jurídico autorizando o dirigismo estatal interferir nas regras contratuais a fim de que:

“Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

O artigo acima disciplina a hipótese de revisão contratual a ser decretada pelo Estado-Juiz, enquanto o artigo a seguir transcrito prevê a possibilidade de resolução contratual em razão de a obrigação tornar-se impossível de ser cumprida pela onerosidade excessiva causada pelo fato superveniente:

“Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.”

Um ponto que merece destaque é que nenhum dos dois dispositivos legais citados proíbe que os próprios contratantes exerçam seu poder de negociar, direta e extrajudicialmente, o novo regramento diante da quebra contratual diante da concretização do risco contratual.

Tanto isso é verdade que o Douto Juiz Dr. Paulo Furtado de Oliveira Filho da 2ª vara de falências e recuperações judiciais, ao julgar um pedido de recuperação judicial, assim asseverou:

“Muitas renegociações privadas foram celebradas e outras estão sendo realizadas sem necessidade de qualquer recurso ao Poder Judiciário. A pandemia, embora trágica, é propícia para a criação da nova mentalidade quanto ao tema do acesso à Justiça¹².”

A criação de uma nova mentalidade caminha em conjunto com o novo direito obrigacional que exige renegociações privadas, que exige novos caminhos de solução de conflitos a serem eleitos pelas partes com base no mesmo princípio da autonomia privada que lastreia a celebração do contrato, também fundamenta a escolha do método adequado para resolver a quebra contratual, e não levem, automaticamente, à judicialização como última forma de enfrentar o risco contratual aos fatos supervenientes.

2. A IMPOSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO

Todo e qualquer fato superveniente que possa gerar a impossibilidade do cumprimento da obrigação precisa ser analisado, primeiramente, a teor do regramento do contrato celebrado. Salvo se inexistir regra específica no negócio jurídico para o tratamento do risco contratual, ou se a mesma for insuficiente, é que o operador do Direito deve socorrer-se à legislação e/ou à jurisprudência.

12. Sentença proferida no processo 1050778-50.2020.8.26.0100, na 2ª vara de falências e recuperações judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo – SP.

As decisões judiciais baseadas na análise do risco contratual podem elevar os riscos dos contratantes e gerar maior instabilidade no princípio da segurança jurídica na esfera do Direito Contratual, na medida em que não há Súmulas vinculantes no nosso ordenamento jurídico, tampouco há certeza da jurisprudência que será aplicada em um determinado caso concreto para recuperar do equilíbrio econômico financeiro do contrato será favorável à tese do conflito da parte contratante que tenha o interesse.

O cenário, sem precedentes, do risco contratual pode gerar um movimento dentro da judicialização do conflito, cuja gestão está baseada apenas na dualidade da procedência ou da improcedência do litígio, gerando a paralisação da economia do contrato.

Essa limitação de visão dicotômica afunila novas perspectivas de dever de colaboração entre os contratantes, aniquila a reestruturação de modelos econômicos contratuais e termina com a possibilidade da reprogramação das bases contratuais visando o adimplemento, se ele ainda for possível, forçando o pagamento compulsório das perdas e danos, sem qualquer negociação, da forma mais gravosa ao devedor e através de instrumentos coercitivos, pelas vias judiciais, a garantir o pagamento da indenização cabível.

É fato que a revisão contratual não pode extrapolar os usos e costumes do local da celebração do negócio jurídico, nem aos princípios econômicos e à boa-fé, mas tais medidas enfrentam o problema de forma marginal, sem garantir a segurança jurídica necessária para que todos aqueles que estão vinculados sistematicamente na cadeia contratual possam, de fato, reestabelecer o equilíbrio econômico financeiro do negócio jurídico entabulado.

O desequilíbrio a ser enfrentado, seja pela ausência total ou parcial do cumprimento da obrigação de dar, fazer ou não fazer, seja pela impossibilidade do cumprimento das prestações e obrigações estabelecidas nos contratos, desencadeia a real necessidade da revisão das regras contratuais.

A impossibilidade do cumprimento da prestação deve se revestir do caráter definitivo para que enseje a resolução do contrato, isso porque como dispôs Menezes Cordeiro: “para que a impossibilidade superveniente da prestação acarrete, efetivamente, a extinção da obrigação, requer-se que se trate de impossibilidade efetiva, absoluta e definitiva¹³”.

Se a impossibilidade for temporária, o programa contratual persiste, e os contratantes, com base no dever de colaboração, solidariedade e lealdade, devem se

13. MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. v. 2. p. 174.

repor com o fim de manter o vínculo contratual visando o adimplemento. Enquanto houver a mínima possibilidade de cumprir a obrigação, o fim a ser perseguido é a sua execução, ainda que a mesma seja defeituosa ou tardia, pois a única hipótese de resolução do contrato é quando a prestação for impossível, cuja impossibilidade da obrigação precisa ser “(...) ser absoluta, definitiva, sobreveniente e inimpugnável”¹⁴.

A distribuição dos riscos contratuais diante da impossibilidade do cumprimento da obrigação remete à verificação da exata condição de impossibilidade do cumprimento da prestação, prevista em alguns artigos do Código Civil: artigos 234, 238, 248 e 250. Só existirá a impossibilidade da prestação por fato superveniente (imprevisto e futuro), ao liberar o devedor do seu cumprimento no modo, tempo e forma estabelecidos no contrato, se o sinalagma contratual não puder mais ser executado. Como por exemplo, há a hipótese prevista no citado artigo 234 do Código Civil, se o objeto da obrigação perecer, o contrato será resolvido e o inadimplemento decorre de uma efetiva impossibilidade de cumprimento da prestação.

Para os contratos de execução continuada ou diferida no tempo, nos quais o risco contratual é concretizado por meio de um fato incerto, futuro e imprevisível, tornando assim o cumprimento da obrigação difícil execução ou extremamente oneroso, há a impossibilidade objetiva da execução da correspondente da prestação.

Dentro da Teoria da Responsabilidade Civil, a impossibilidade do cumprimento da obrigação por fato posterior e imprevisto pode exonerar a responsabilidade da parte pelo inadimplemento contratual quando caracterizado caso fortuito e de força maior (Código Civil, artigo 393, parágrafo único), exceto se houver no contrato celebrado houver cláusula expressa que mesmo diante desse risco contratual haverá a assunção da responsabilidade dos contratantes.

A subsunção do fato superveniente concretizado, que gera a quebra do programa contratual, exige a análise se os contratantes terão ou não responsabilidade, na medida em que se houver elementos que caracterizem o caso fortuito ou de força maior, a responsabilidade não é questionada se houver um “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (CC, o artigo 393, parágrafo único, do Código Civil).

Para a caracterização do caso fortuito ou da força maior, é adequada a subsunção do fato a tais excludentes quando presentes “a necessidade (fato que impossibilita o cumprimento da obrigação) e a inevitabilidade (ausência de meios para evitar ou

14. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. II. p. 81.

impedir as consequências do evento)”¹⁵. A impossibilidade de cumprimento da obrigação, por sua vez, deverá ser absoluta¹⁶.

Além dos elementos acima, que deverão estar presentes elementos fáticos concretos que comprovem a imprescindibilidade necessária entre o fato superveniente e o risco contratual donexo causal vinculado ao dano gerado, uma vez que, “ao caráter inevitável e necessário do fato, de sua vez, vincula-se uma terceira característica, que é a de dar causa à impossibilidade de realização da prestação devida¹⁷.” Não por outra razão, inclusive, não poderá se valer de tais excludentes a parte que já estiver em mora quando da ocorrência do evento.

“Código Civil. Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.”

Além disso, o evento superveniente não poderá caracterizar fortuito interno, ou seja, consistir em “riscos esperados da atividade empresarial desenvolvida”¹⁸ pela parte. O dever da parte que descumpriu a obrigação consistirá, em demonstrar em um primeiro plano, as causas incertas que impediram de executar sua obrigação não compõem os riscos ordinários de seu negócio.

Nesse sentido, é importante registrar que o STJ já se posicionou no sentido de que “eventual insucesso do empreendimento ou dificuldades financeiras estão, inexoravelmente, abrangidos pelo risco inerente a qualquer atividade empresarial, não podendo ser considerados fortuito externo (força maior)”¹⁹.

Vale lembrar que “o cenário comercial originário do contrato, estribado na regra sinalagmática, é suscetível a modificações e intempéries, alheias às partes, especialmente nos contratos de duração, que aliam o fator tempo como componente primordial²⁰”.

Na medida em que haja a configuração de que o risco contratual foi transformado na quebra do sinalagma, sem que fosse possível evitar, liberando assim a parte inadimplente, sem qual ônus às partes liberando as partes do programa contratual na

15. STJ, REsp 1.564.705/PE, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Publicação: *DJe* 05.09.2016.

16. STJ, AREsp 1.347.713/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Data de Publicação: *DJ* 19.09.2018.

17. MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 528.

18. STJ, AREsp 655.837/MG, rel. Min. Raul Araújo, Data de Publicação: *DJ* 22.10.2018.

19. STJ, REsp 1.341.605/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Data de Publicação: *DJe* 06.11.2017.

20. NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 256.

exata proporção da comprovação do nexo causal entre o impedimento e o fato superveniente.

Para evitar enriquecimento sem causa (Código Civil, artigo 884), “o devedor deverá restituir ao credor o que porventura recebeu anteriormente, e, havendo recusa da parte deste, poderá recobrar o indevido.”

Diante de eventual indício de configurar um enriquecimento sem causa, a técnica jurídica exige estrita observância do *modus operandi* que os contratantes sairão do programa contratual, seja por meio da revisão contratual; seja pela resolução e extinção das obrigações.

Se o risco contratual e suas consequências causarem desequilíbrio no programa contratual previamente acordado entre as partes em relação ao novo cenário oriundo do risco contratual que se concretizou com o fato superveniente a aquele que devia cumprir a sua prestação, e está impossibilitado, possui a tutela jurídica a ser favor para requerer a revisão do contrato, conforme expressamente previsto no artigo 317 do Código Civil²¹.

Mas há também o interesse do outro lado contratante, que também precisa ser sobrepesado na balança do momento do desequilíbrio contratual com a mesma cautela da parte que sofre com a concretização do risco contratual no negócio jurídico. Assim de forma a garantir a salvaguarda de todos os direitos dos contratantes, o ordenamento jurídico previu o direito legítimo do credor em pedir resolução daquele contrato, nos termos dos artigos 478 a 480 do Código Civil, com base na teoria da onerosidade excessiva, a qual para se caracterizar precisa da conjugação dos seguintes elementos: (i) acontecimentos extraordinários e imprevisíveis; (ii) caráter superveniente; (iii) agravamento do cumprimento da prestação; (iv) configuração de vantagem excessiva para o outro contratante.

Para que seja respeitada a igualmente de condições aos ambos contratantes, além da desvantagem desproporcional para uma parte contratante em razão do acontecimento extraordinário e imprevisível, também deverá existir “vantagem extrema da outra parte²².”

Em momento de crise contratual gerada pelo seu risco, com o mapeamento da posição de todos os contraentes, após a quebra do sinalagma, será necessário constatar que as partes sofrem de ambos os lados, pois se apenas um deles sofrer a desproporcionalidade de prestação, não haverá revisão pela Teoria da Onerosidade Excessiva²³.

21. STJ, AREsp 655.837/MG, rel. Min. Raul Araújo, Data de Publicação: DJ 22.10.2018.

22. STJ, AgInt no REsp 1.514.093/CE, rel. Min. Marco Buzzi, DJe 07.11.2016.

23. STJ, REsp 1.632.842/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Publicação: DJ31.03.2017.

Com a configuração de prejuízos suportados por ambos os contratantes, e com a conjugação dos elementos dos artigos 317, 478 a 480 do Código Civil, o, a intervenção do Poder Judiciário no negócio jurídico:

“(…) exige a demonstração de mudanças supervenientes nas circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível (teoria da imprevisão) ou de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva) (...)”²⁴.

Por conseguinte, o surgimento do fato superveniente incerto e imprevisível deve ter nexos causal com quebra contratual, alterando todo programa contratual.

O movimento de interpretações dos artigos acima ensejou, a edição da 175 da III Jornada de Direito Civil²⁵, trazendo um norte ainda mais forte diante da ruptura do sinalagma e seus efeitos econômicos e sociais serão considerados como fatos imprevisíveis a fim de aplicar artigos citados do Código Civil.

Isso significa que os “riscos ordinários do negócio” não podem servir de fundamento para se recorrer a tais teorias²⁶. O risco contratual que encontra guarida nos dispositivos legais citados anteriormente são aqueles imprevisíveis e incertos.

Ademais, imperioso demonstrar que o fato efetivamente impossibilitou o cumprimento da prestação, ou seja, demonstrar o já mencionado nexos causal²⁷. Aqui também não poderá a parte estar em mora ao tentar pleitear a revisão ou extinção do contrato em razão do desequilíbrio, sob pena de não encontrar guarida no sistema²⁸.

Diante de todo o exposto, a parte que pretende pleitear o provimento jurisdicional com base na teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva não pode se esquivar de comprovar: a extraordinariedade e/ou a imprevisibilidade do evento superveniente ou de seus efeitos, não constituindo risco ordinário do negócio; o real impacto de tal evento sobre a capacidade de cumprimento de sua prestação; e, a depender da hipótese: a desproporção clara entre o valor da prestação devida ao momento da contratação e ao de sua execução (art. 317, do CC); ou extrema vantagem para uma das partes e excessiva onerosidade para a outra em razão do mesmo evento (art. 478, do CC).

24. STJ, AgInt no REsp 1.316.595/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Data de Publicação: DJe 20.03.2017.

25. *A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do CC, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz.*

26. STJ, REsp 945.166/GO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJe 12.03.2012.

27. STJ, AgInt no AREsp 1.200.354/SC, rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, DJe 17.10.2018.

28. STJ, REsp 1.581.075 PA, rel. Min. Moura Ribeiro, Data de Publicação: DJe 22.03.2019.

Isso porque a intervenção do Poder Judiciário nas relações contratuais privadas deve ser mínima e absolutamente excepcional, conforme inclusive reforçado pela Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/19) nas novas versões conferidas aos artigos 421, parágrafo único, e 421-A, III, do CC.

A revisão da prestação por impossibilidade do seu cumprimento é prevista no artigo 317, do Código Civil com requisitos específicos e com a aplicação a generalidade das obrigações, como preconiza o Giovanni Ettore Nanni:

“o legislador pretendeu ser mais rigoroso nas hipóteses de resolução do contrato, visto que muito mais gravosa para o direito do que nas situações de revisão, em que apenas se ajusta o conteúdo das prestações e o contrato segue seu rumo até a extinção normal pelo adimplemento²⁹.”

“Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.”

A revisão a ser implementada nos contratos é uma medida já autorizada em nosso ordenamento jurídico (Código Civil, artigo 478: para contratos com relações empresariais e civis; e o Código de Defesa do Consumidor, artigo 6º, inciso V: para relações entre consumidores e fornecedores), mas que no atual momento acrescenta mais um critério como elemento ensejador da readequação, qual seja, a matriz de risco diante da fragilidade do cumprimento das obrigações de ambos os contratantes.

A matriz de risco das condições contratuais mutáveis é latente em todo e qualquer contrato que envolve a execução continuada das obrigações e a pandemia da COVID-19 é um fato imprevisível que pode gerar uma onerosidade excessiva para um dos contratantes, passível de revisão contratual. Mas essa revisão deve tutelar qual dos contratantes?

Nos contratos de prestação de serviços educacionais, há de um lado a entidade educacional com todo seu custo fixo (professores, funcionários, estrutura e investimento em alta tecnologia em razão das aulas virtuais), e de outro lado, há o responsável financeiro que precisa da concessão de um desconto no valor da mensalidade, por perda ou queda drástica da sua renda ou, pelo argumento de que a estrutura física das escolas, no atual momento, não é utilizado pelos alunos, gerando assim economia para as escolas em custos de limpeza, manutenção e até mesmo de segurança.

No dia 25 de março de 2020, a Secretaria Nacional do Consumidor divulgou Nota Técnica sob n. 14/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ, com a recomendação

29. NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva: 2001. p. 374.

que os consumidores evitem solicitar descontos nas mensalidades a fim de não causar um desarranjo nas contas financeiras das escolas que continuam com a maioria dos seus custos fixos. A própria SENACON também ponderou que “as entidades de defesa do consumidor devem buscar tentativa de conciliação entre fornecedores e consumidores no mercado de ensino”. Para reequilibrar esse contrato, qual é o melhor caminho a seguir: (i) ajuizar uma ação judicial para que o Estado-juiz aplique a revisão contratual? Ou (ii) o uso da conciliação e da mediação como forma adequada de negociar as novas bases contratuais?

O Estado-juiz vai analisar a situação fática e determinar se cabe a revisão contratual e, caso positivo, se a obrigação será suspensa ou se será reduzida com a fixação de novo percentual a ser aplicado e por quanto tempo. Mas, como não há na legislação brasileira previsão do exato percentual dessa redução, o número será aplicado pelo livre convencimento do Juiz, que fixará um montante de forma subjetiva, sendo impossível criar-se um padrão fixo do escalonamento desse percentual de acordo com o número de funcionários da escola ou até mesmo pela situação econômica financeira do responsável pagador.

O risco da coexistência de decisões judiciais que apliquem a Teoria da Revisão com interpretações distintas e com percentuais diferentes geram insegurança jurídica e retiram o poder dos contratantes de eleger o novo enquadramento necessário aos seus interesses para a continuidade daquele contrato.

Esse mesmo risco também encontra-se nos contratos de aluguéis de imóveis que foram celebrados, antes do início da pandemia, e que não contém cláusulas prevendo regras de revisão em caso de eventos imprevisíveis, como a atual pandemia. As decisões judiciais, nas ações de desejo por falta de pagamento, apresentam critérios subjetivos variados que passam desde a ponderação que ainda não é possível auferir se o avanço do vírus causará recessão econômica, negando-se assim a suspensão ou revisão da obrigação de pagar aluguel³⁰, até a decisão de suspensão da liminar de despejo para a inquilina que estiver grávida e não consegue pagar os aluguéis³¹.

Essas direções binárias e infinitas das decisões judiciais conduzem as partes a procurarem novas alternativas para a renegociação contratual a fim de promover uma conciliação ou uma mediação no conflito instaurando. Esses dois métodos de resolução de conflitos possibilitarão ao consumidor e à escola a negociação de qual é o melhor

30. Acórdão 2020.0000295782, proferido em 28 de abril de 2020 pela 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento do Agravo de instrumento 2070513-61.2020.8.26.0000.

31. Acórdão 2020.0000280828, proferido em 23 de abril de 2020 pela 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento do Agravo de instrumento 2058175-55.2020.8.26.0000.

percentual de redução a ser aplicado considerando o interesse e a realidade de ambos os contratantes a fim de reestabelecer o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Por mais que a Lei 14.010/2020 disponha sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações jurídicas de Direito Privado, (ver se no PL tinha artigo com esse conceito),

“cabe ao intérprete, portanto, compreender o ajuste, considerando a racionalidade econômica e estratégica do ‘sistema contratual’ em que eventualmente alocados os singulares acordos; atentar para as circunstâncias que ditaram a sua conformação e para a posição social concreta dos contraentes³².”

Feitos esses apontamentos, espera-se haver contribuído com subsídios para a atuação dos empresários em relação a seus contratos civis e empresariais. Não se pretende incentivar a judicialização. Muito pelo contrário. Busca-se conferir ferramentas para uma negociação de boa-fé, fundada no entendimento jurisprudencial existente e que compõe, ainda que indiretamente, as bases das relações contratuais firmadas, juntamente com toda a legislação aplicável.

Ninguém melhor do que as partes, juntas, para, considerando o real alcance dos danos por cada uma sofridos, explorar novas oportunidades, construir soluções ganha-ganha personalizadas e efetivas, e, portanto, reforçar sua rede de aliados ao longo dessa caminhada.

3. MATRIZ DE RISCO

A matriz de risco é um instrumento eficaz e é necessário a mensurar as nuances e probabilidades do desdobramento do descumprimento contratual, quando a inexecução da obrigação já se tornou absoluta e o contrato foi resolvido por impossibilidade do seu cumprimento.

A matriz de risco tem por objetivo

“the effective planning of resources needed to recover financial balance and operating effectiveness after a fortuitous loss, thus obtaining a short-term cost of a risk stability and long-term risk minimization³³”.

A matriz do risco contratual denota o efetivo planejamento dos recursos necessários para reconstruir o equilíbrio financeiro às partes causado pelo risco contratual e

32. NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 49.

33. CLARK, Edgard S. “*Financial Officers Change and Risk Management*”. Address before the Financial Officers of Hothorn California, January 31, 1973. p. 4.

operar, novamente, a efetividade depois da perda financeira decorrente da inexecução da obrigação e assim obter a minimização do custo do conflito.

Via de regra, no programa contratual, não há precedentes na relação das partes de uma crise contratual semelhante que atingiu, abruptamente, o princípio da segurança jurídica naquele determinado programa contratual.

A ideia de submeter a crise contratual, automaticamente, para o Estado-Juiz pode empobrecer a matriz de risco e esbarra no conceito binário de ganhador e perdedor e as novas jurisprudências podem abrir abismos, que exige uma nova visão do advogado.

Por exemplo, as decisões judiciais, nas ações de despejo por falta de pagamento, apresentam critérios subjetivos variados que passam desde a ponderação que ainda não é possível auferir se o avanço do vírus causará recessão econômica³⁴, até a decisão de suspensão da liminar de despejo para a inquilina que estiver grávida e não pague os aluguéis³⁵. Nessa conjuntura, como deve ser a análise das chances de êxito dentro da matriz de risco?

Pela matriz de risco, o advogado tem como dever de informar o cliente, de forma clara e inequívoca os riscos decorrentes das suas pretensões e dos possíveis resultados da respectiva ação, como previsto no artigo 8º Código de Ética e Disciplina da OAB. Mas também pela matriz de risco, é dever do advogado apresentar ao seu cliente os possíveis caminhos existentes para a solução daquele conflito e qual deles possui menor custo financeiro e de tempo com maior aproveitamento de acordo com a necessidade e interesse do seu cliente.

O novo enquadramento a ser adotado dentro do direito obrigacional é o desenho da matriz de risco no descumprimento dos contratos e na causa raiz do surgimento de determinado conflito em paralelo com a escolha do método de solução de conflitos:

“(i) Negociação³⁶: é o processo de comunicação utilizado entre as partes que diante de conflito, buscam obter um resultado direito e com um melhor valor agregado do que poderiam obter com os outros métodos abaixo.

(ii) conciliação,

(iii) mediação,

(iv) poder judiciário,

34. Acórdão 2020.0000295782, proferido em 28.04.2020 pela 26ª Câmara de Direito Privado do TJSP no Agravo de instrumento 2070513-61.2020.8.26.0000.

35. Acórdão 2020.0000280828, proferido em 23.04.2020 pela 29ª Câmara de Direito Privado do TJSP no Agravo de instrumento 2058175-55.2020.8.26.0000.

36. GOLANN, Dwight. FOLBERG, Jay. *Lawyer negotiation: theory, practice and law*. 2nd. ed. New York: Aspen Publishers, 2011. p. 1.

(v) arbitragem; e

(vi) ‘dispute board’: são os painéis, comitês, ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos *Dispute Review Boards* – DRB) ou tomar decisões (*Dispute Adjudication Boards* – DAB) ou até tendo ambas as funções (*Combined Dispute Boards* – CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes³⁷.”

Esse método vem ganhando mais relevância, pois em 19 de junho de 2020 foi publicada a Lei 11.241 do Município de Belo Horizonte, que regulamenta a utilização dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas no âmbito da administração pública municipal para a prevenção e solução de conflitos relacionados a direitos patrimoniais presentes em contratos administrativos de execução continuada.

Os contratos podem prever cláusulas com métodos híbridos e em conjunto para a solução dos conflitos.

A matriz de risco engloba elementos fáticos, legais, bem como o estudo da efetividade do cumprimento da decisão judicial ou arbitral favorável ao seu cliente. A análise jurídica do advogado deverá passar pela construção de novos balizadores, como por exemplo, a apresentação ao seu cliente das consequências da escolha da arbitragem ou do Estado-juiz na satisfação do seu interesse que será postergada até o final do processo com o elemento prejudicial da tendência do aumento das ações.

A matriz de risco engloba elementos como:

(i) análise jurídica;

(ii) disponibilidade do cliente para suportar o desgaste de todo o processo;

(iii) previsão de perdas, mesmo com a prolação de uma sentença totalmente procedente. Essa previsão é baseada no critério da “calculabilidade”, que para Humberto Ávila³⁸, é “a capacidade do cidadão prever, em grande medida os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica”.

(iv) estimativa de probabilidades;

(v) gerenciamento do valor do litígio dentro da necessidade de contingenciamento do mesmo, desembolso de custas; e

(vi) o risco da sucumbência.

37. WALD, Arnaldo. A arbitragem contratual e os dispute boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6. jul.-set. 2005. p. 11.

38. ÁVILA, HUMBERTO. “Segurança Jurídica”. *Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo. Malheiros. 2011. p. 126.

A matriz de risco está vinculada à ausência de segurança jurídica nas decisões e que suscitam a abertura de novos caminhos a serem trilhados pela busca da satisfação dos interesses do cliente do advogado.

Uma ferramenta muito utilizada no auxílio à análise da matriz de risco para a tomada de decisões consiste no mapeamento do conflito por meio da estruturação do problema através do uso de árvores de decisão. Segundo R. T. CLEMEN, a decomposição é fundamental em análise de decisão, pelas suas próprias palavras: “The approach is to ‘divide and conquer’”³⁹.

Em suma, uma árvore de decisão pode ser conceituada como um mapeamento estruturado que ramifica todos os elementos do conflito oriundo da ruptura contratual, apontando para as possíveis alternativas de decisão, as incertezas das consequências e as vulnerabilidades das partes associadas ao histórico da execução do contrato – pois por diversas vezes as partes executam as obrigações de formas diversas as regras contratuais – e os efeitos da tomada de e cada de decisões adotada dentro de cada método adequado a ser eleito pela parte em conjunto com o seu advogado.

Segundo J. Q. SMITH⁴⁰ o algoritmo de solução de uma árvore de decisão fornece o curso ótimo de ação, ou seja, como se deve agir em função dos resultados de vários eventos que são incertos no momento da tomada de decisão, curso de ação este que é chamado de regra de decisão de Bayes, o qual otimiza o resultado esperado, ou seja, maximiza o ganho esperado ou minimiza a perda esperada. Esta ferramenta apresenta várias vantagens, entre as quais, a de mostrar clara e explicitamente as decisões que deverão ser tomadas, a ordem em que cada decisão eventualmente deverá ser tomada, as consequências de cada decisão e as fontes de incerteza que afetam cada decisão.

Ao integrar a árvore de decisão com a matriz de risco ao caso concreto, e averiguação da existência de partes vulneráveis ao seu cliente e riscos jurídicos e fáticos, caberá ao advogado indicar ao seu cliente o uso da mediação ou da conciliação, como previsto no artigo 3º, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015 para que haja a ampliação das possibilidades de resolver as consequências negativas da atual crise, pois a necessidade dos litigantes em obter a solução de seus problemas, como o próprio Poder Judiciário começa a sinalizar na decisão abaixo:

“Porém, e aqui impõe-se a releitura do direito de acesso à Justiça no direito das empresas em crise, é preciso que o devedor demonstre ter iniciado tratativas extrajudiciais

39. CLEMEN, Robert T. *Making hard decisions: an introduction to decision analysis*. 2. ed. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1996. p. 7.

40. SMITH, J. Q. *Decision analysis: a bayesian approach*. New York: Chapman and Hall, 1988. p. 18.

com seus credores, envidado esforços na negociação, realizado propostas razoáveis, e, além disso, que as medidas adotadas não tenham se mostrado suficientes para a negociação avançadas e resultar em acordo que permita a superação da crise. É preciso atribuir-lhe o ônus de demonstrar, com documentos que acompanham a petição inicial, que necessita da proteção judicial para concluir o processo negociado de solução da crise, já iniciado extrajudicialmente. (...) Aos agentes econômicos a lei assegura autonomia para a solução negociada da crise, situação normal e esperada em um regime baseado na livre iniciativa econômica. Quem tem o poder de vincular-se a outros agentes, assumindo obrigações na ordem econômica, também tem a responsabilidade de buscar soluções para o reajuste das obrigações assumidas, adaptando-as aos tempos de pandemia. Não havendo, no âmbito privado, uma solução que possa ser implantada sem o risco de determinado credor dissidente impedir a solução coletiva mais vantajosa, então cabe ao devedor e aos credores aderentes um esforço qualificado na negociação, para a obtenção de adesão de mais de 3/5 e o uso da recuperação extrajudicial, meio menos oneroso e mais rápido para a solução da crise⁴¹ (grifou-se).”

4. A GESTÃO DO RISCO DO CONFLITO

Pela Teoria do conflito, o conflito consiste em posições antagônicas que levam as partes à situação de “caos”. Em outras palavras, “o conflito é dissenso. (...) É fruto de percepções e posições divergentes quanto a fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses comuns⁴²”.

Em sentido totalmente contrário do momento da celebração do contrato, quando as partes estão imbuídas de interesses comuns, sob a tríade da coloração, lealdade e solidariedade, para o mesmo fim – o adimplemento – no momento do conflito as partes apresentam posições antagônicas, que podem até convergir para interesses comuns, mas a situação de instabilidade pela crise contratual as impede de encontrar uma saída equilibrada para a crise contratual.

E o ápice dessa crise é que o conflito é o próprio risco majorado pela dissonância de fuga de responsabilidades entre as partes que estão em direção antagônicas com a única função de encontrar a culpa pelo dano existente.

Assim, como o conflito é inerente a toda e qualquer relação social, e se o *Direito presta-se a organizar, administrar e harmonizar conflitos, a jurisdicação dos contratos*

41. Sentença proferida em 24.06.2020 no processo 1050778-50.2020.8.26.0100, na 2ª vara de falências e recuperações judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo – SP.

42. VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008. p. 19.

viabiliza a funcionalidade do Direito, porque traduz segurança e previsibilidade,⁴³ a gestão do risco do conflito, que era imprevisível e diante do conflito materializou-se, nasce da necessidade da reorganização da afluência dos interesses.

No livro *The strategy of conflict*, do autor Thomas C. Schelling⁴⁴ analisa que uma das formas de gerir o risco é tornar a resposta a ele imprevisível não apenas para o outro lado, mas também para aquele que está diretamente ligado ao risco do conflito. Como um balizador de condutas, um risco pode ser suficientemente forte para deter as partes e mais do que isso pode ser um critério objetivo para que as partes coordenem suas decisões individuais de forma a promover um resultado melhor para todos, mesmo quando não há mais possibilidade de comunicação entre elas.

Essa gestão decorrente da análise do pior cenário existente diante do conflito instaurado é uma releitura da Teoria dos Jogos⁴⁵, na medida em que

“attempts to enlarge the scope of game theory, taking the zero-sum game to be a limiting case rather than a point of departure. The propose extension of the theory will be mainly along two lines. One is to identify the perceptual and suggestive element in the formation of mutually consistent expectations The other is to identify some of the basic “moves” that may occur in actual games of strategy and structural elements that the moves depend on; it involves such concepts as ‘threat’, ‘enforcement’, and the capacity to communicate or to destroy communication⁴⁶.”

A gestão do risco do conflito é pautada, assim, em elementos estruturais de ameaça, execução e a capacidade das partes em comunicar-se ou na destruição dessa comunicação após a ruptura do programa contratual.

Não bastasse isso, no movimento majoritário e automático de judicialização da sociedade brasileira contemporânea, na qual ganhar ou perder uma demanda não significa necessariamente sucesso ou fracasso do interesse das partes, a preservação das relações comerciais passou a ter uma enorme relevância para as empresas dependendo da natureza da operação.

Assim, a gestão do risco do conflito surge pelas necessidades dos contraentes, que ainda estão vinculados pelos efeitos negativos do descumprimento das obrigações, e precisam libertarem-se.

43. GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos Contratos? Artigo publicado na Revista da USP em janeiro de 2001. p. 424.

44. SCHELLING, Thomas C. *The strategy of conflict*. Cambridge: Plicke Partners Publishing, 2015. p. 127.

45. Publicação de John Von Neumann e Oskar Morgenstern em 1944 com o título original “The Theory of Games and Economic Behavior”.

46. Op. cit., p. 233.

O endereçamento do ajuizamento de processos judiciais ou a instituição de procedimentos arbitrais dos conflitos, ao invés da experimentação dos métodos auto-compositivos (negociação, conciliação e mediação) é uma das formas da implementação da gestão do risco do conflito.

O sistema heterogêneo pretende satisfazer e responder os interesses das partes de uma relação interpessoal no âmbito empresarial seja de forma preventiva, seja de forma a interferir no processo judicial a fim de criar uma arquitetura para evitar os conflitos na medida dos remédios certos.

A gestão do risco do conflito, de forma estratégica e antes da escolha do método adequado a enfrentá-lo, a implementação de via opcional e alternativa ao Poder Judiciário, capaz de atender as necessidades únicas de cada caso concreto com eficiência, evitando custos desnecessários e permitindo maior participação das partes, maior satisfação para os envolvidos e até preservação de relacionamentos diante da ruptura do programa contratual.

A gestão terá que ser mais analítica e investigativa, assumindo um papel mais proativo na prevenção dos efeitos do conflito oriundo do risco contratual, passando os contratantes a terem responsabilidade sobre essa gestão e não apenas a transferência da solução desse conflito para um método heterocompositivo, como o Estado-Juiz (Poder Judiciário) ou a arbitragem.

O gerenciamento do risco do conflito na sociedade brasileira ainda está enraizado no sucesso ou no fracasso. Essa gestão é um erro estratégico fatal! Gerenciar o risco do conflito é dominar o paradoxo das incertezas geradas pela quebra contratual.

Na economia,

“to achieve such an objective the risk manager must select the method of risk treatment that results in a net economic advantage of the firm, there is often ‘conflict between optimization of return on capital and the increasing demand that waste of human, natural, and financial resources cease’. Risk managers can help in the resolution of the conflict through their activities in risk and cost control⁴⁷.”

Da mesma forma, no risco contratual o gerenciamento do risco conflito precisa selecionar o método de tratamento do risco, com a escolha do método que traduza maior controle do risco com menor custo.

47. GREENE, Mark Richard and SERBEIN, Oscar N. *Risk management: text and cases*. Virginia: Reston Publishing Co., 1978. p. 4.

5. O MAPEAMENTO DO CONFLITO PARA A ESCOLHA DO MÉTODO ADEQUADO DE SOLUÇÃO

O conflito não é uma aventura de sucesso e fracasso na propositura de uma ação. “O Direito de acesso à Justiça deve ser responsável⁴⁸”.

A resolução de disputas pode ser feita por diferentes formas de abordagem; interesses, direitos ou poder. Para um bom mapeamento, todos esses elementos precisam estar presentes na matriz de risco que será construída dentro dele.

A experiência mostra que abordagem baseada em interesses tende a produzir um grau de satisfação maior com o resultado, melhorar as relações interpessoais e diminuir o risco de índice de repetição.

Mesmo assim, nem todos os conflitos são suscetíveis de resolução com base em interesses. Há casos que só a abordagem com base no direito ou poder leva à solução da controvérsia.

Ao construir um mapeamento de resolução de conflitos, o desafio do mapeamento do conflito não se cinge a trazer soluções que eliminem as soluções com base no direito ou no poder, mas sim limitar essas situações aos casos estritamente necessários e de um modo menos custoso.

O mapeamento do conflito exige a análise analítica da maximização de recursos para aumentar a lucratividade e sustentabilidade do que ainda restou do programa contratual ou do dano do risco contratual convertido em perdas e danos. O mapeamento não é para ser aplicado em larga escala quando se trata de resolver conflitos no mundo dos negócios: para cada risco contratual haverá um resultado específico e diferente do método adequado de solução de disputas.

Em outras palavras, não há um gabarito certo para cada espécie contratual do método adequado a ser aplicado: as nuances do conflito, a duração do contrato e o histórico do relacionamento dos contratantes são elementos determinantes nessa análise.

O objetivo do mapeamento é permitir a escolha do método adequado para a obtenção de resultados mais rápidos, menos onerosos e com maior probabilidade de preservação das relações na resolução de conflitos comerciais e empresariais, lembrando que o mapeamento pode apresentar um resultado de métodos híbridos a serem aplicados a um mesmo conflito, como já discorrido no item 3 do presente artigo.

Um mecanismo de solução de disputa pode ser satisfatório para um caso e não ser para todos os casos semelhantes ou decorrentes das mesmas partes. Do mesmo

48. Sentença proferida em 24.06.2020 no processo 1050778-50.2020.8.26.0100, na 2ª vara de falências e recuperações judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo – SP.

modo, um mecanismo pode ser bom num determinado momento de um conflito e não ser em outro estágio. Isso nos leva a concluir que qualquer que seja a forma de solução, ela deve ser desenhada sob medida para a relação que se pretende trabalhar, ou seja, a solução será sempre *taylor made*.

No primeiro caso, é comum que as partes em fase de construção da relação contratual resolvam adotar um modelo de gestão e resolução dos possíveis conflitos que irão surgir no decorrer da relação. Nesse momento, as partes contratantes estarão mais suscetíveis para discutir formas adequadas à resolução de seus eventuais conflitos. Isso porque é natural o surgimento de divergências de entendimentos ou interpretações em determinadas relações. É comum isso ocorrer em contratos de execução continuada ou de longo prazo, como contratos de fornecimento, prestação de serviços contínuos, parcerias, *joint ventures*, entre outros.

A segunda situação ocorre quando já existem conflitos e os mesmos vêm sendo resolvidos pelo poder ou pelo direito. Nesse caso, a procura por um sistema mais eficiente visa exatamente atender demandas específicas, que vão desde a diminuição de custos, ganhos de agilidade ou melhoria na satisfação e atendimento dos interesses das partes. O alto volume processos judiciais também justifica a utilização do mapeamento do conflito, a fim de sustar e até mesmo reduzir esse contingenciamento, para a correta escolha do método adequado de solução do conflito a ser aplicada para os novos conflitos de forma a traçar um novo histórico.

Em ambas as hipóteses, o objetivo é criação de um modelo mais eficiente, que atenda os interesses das partes envolvidas e não pontualmente um conflito. Por conseguinte, o mapeamento aplicado no direito obrigacional introduzirá às partes um novo objetivo, que pode assim ser definido: “The task for parties who can reasonably anticipate a stream of disputes between them is to go beyond settling those disputes. Their goal should be to design a comprehensive and effective dispute resolution system”⁴⁹.

Para fins da eleição do melhor método adequado de solução de disputas, o mapeamento deve seguir os seis elementos abaixo:

- 1) prevenção;
- 2) foco em interesses de todos os contratantes (mesmo para aquele contratante que você não representa);
- 3) construção de fases de negociação prévias;
- 4) garantir redução de custos (custos financeiros, emocionais e temporal) e a abertura de novas possibilidades durante a execução do método escolhido;

49. GOLDBERG, Stephen B, Frank E. A. SANDER, Nancy H. ROGERS, Sarah Rudolph COLE. *Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes*. 5. ed. Wolters Kluwer Law & Business, Aspen Publishers, Estados Unidos da América. p. 322.

- 5) organização dos procedimentos de modo sequencial de baixo custo a alto custo;
- 6) motivação, habilidades, e ambiente da disputa;
- 7) institucionalização do sistema.

O pressuposto para o sucesso na implementação passa pela fase de diagnóstico e planejamento. O envolvimento pessoal e direito das partes envolvidas no conflito, conjuntamente com os seus “advisors” e advogados, sejam elas pessoas físicas ou os representantes das pessoas jurídicas, é fundamental para que o gabarito final do mapeamento seja eficaz.

O exercício na construção do mapeamento passa pelas seguintes fases:

1.1. É preciso antever as necessidades e as possíveis resistências. Ao mapear o conflito, é preciso pensar nesses gargalos, incorporar as partes no sistema ou, ao menos, levar em consideração os interesses dessas partes.

1.2. Elegir um sistema de resolução de conflitos significa readaptar comportamentos, pós-conflitos, o que demanda tempo e dedicação. Propiciar o ambiente adequado para o novo sistema pressupõe um conjunto de ações. A primeira ferramenta é a comunicação. As partes precisam estar adequadamente informadas. Na esfera do mapeamento, obter e possuir informação significa poder. E para garantir a adesão aos incentivos devem ser analisados. Pode se tratar de incentivos financeiros ou de cunho estritamente pessoal como o reconhecimento e satisfação pessoal do indivíduo.

1.3. Avaliar os padrões e modelos existentes durante a execução do contrato, sua cultura organizacional, os processos, procedimentos e o código de condutas das partes no programa contratual. O foco aqui é averiguar o que funcionou durante a execução das obrigações e as causas da ruptura contratual para ter elementos indicativos de qual método pode ser eficaz para tratar o conflito instaurado. Não se deve simplesmente desconsiderar o que existe. Criatividade e resgatar a motivação das partes são importantes na medida em que se está lidando com pessoas. A manutenção do dever de colaboração, lealdade e solidariedade contratuais, tende a diminuir a resistência à mudança.

1.4. Avaliação Gestão dos recursos é importante (tempo, dinheiro e equipe).

1.5. Eleição de quem será o representante da parte que será o interlocutor no método eleito.

1.6. Institucionalização do sistema. Operação do sistema dentro da organização, em larga escala, de modo contínuo e a longo prazo.

1.7. Complementarmente à escolha do método e à implementação, deve ser feita a constante avaliação.

A valorização da autonomia privada na solução do mapeamento do conflito é deveras importante pois

“(…) deve haver autonomia e responsabilidade dos agentes econômicos na solução das crises, sem prejuízo dos mecanismos de apoio à solução extrajudicial de conflitos, como o implantado pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, nos termos do Provimento CG 11/2020, e de outros meios adequados, como a mediação⁵⁰.”

No livro de Gilmore⁵¹ encontra-se na citação de Corbin, para quem os juristas geralmente incidem nos erros de conceber o Direito como algo absoluto e eterno, de imaginar que as fórmulas doutrinárias possam ser usadas mecanicamente e de que sejam definições corretas e imutáveis. Ocorre que o professor, o advogado e o juiz, afirma, precisam libertar-se da ilusão da certeza.

Essa libertação faz parte da evolução jurídica, ou seja, se não há certeza é porque para se atingir a segurança jurídica faz-se necessário o uso da mediação e da arbitragem para o risco contratual aos conflitos oriundos à ruptura do programa contratual. Não há também obrigatoriedade do uso dos dois métodos para o mesmo caso concreto. Não há tampouco a compulsoriedade do escalonamento de ambos, mas existe a real necessidade da análise analítica da adoção desses métodos no conflito para minimizar os danos e reflexos decorrentes da inexecução da obrigação advinda do risco contratual.

6. A MEDIAÇÃO COMO MEDIDA DE SUSTENTABILIDADE AO ADIMPLEMENTO CONTRATUAL

A mediação, segundo Ana Luiza Isoldi⁵², é um processo de tomada de decisões, conduzido por um ou dois mediadores (comediação), indicado para situações de impasse em que as pessoas agem sob distintas perspectivas, escolhidos pelos mediandos pela legitimidade, neutralidade e imparcialidade que, sob confidencialidade e com foco na relação e visão de futuro. O mediador, dentro de uma mediação facilitativa – método eleito pelo Código de Processo Civil – facilita a comunicação entre as pessoas, estimula o protagonismo delas e auxilia-as na negociação, para que os mediandos possam fazer escolhas voluntárias e informadas, a partir do levantamento de opções e da eleição daquela que melhor atenda, qualitativamente e quantitativamente, aos interesses de todos os envolvidos, para reformulação do conflito.

50. Sentença proferida em 24.06.2020 no processo 1050778-50.2020.8.26.0100, na 2ª vara de falências e recuperações judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo – SP.

51. Ensaio introdutório a tradução italiana do *The Death of Contract*, de Gilmore (*La morte del contratto*. Trad. Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano. Milano: Giuffrè, 1988). p. 53.

52. ISOLDI, Ana Luiza. Para ser um mediador no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 46. WALD, Arnaldo. NANNI, Giovanni Ettore (Coord.), São Paulo, ano 12, jul.- set. 2015. p. 156.

A maximização da obtenção de ganhos mútuos – na medida do possível – entre as partes é uma meta a ser perseguida quando o risco contratual transforma-se em um conflito dentro de um contrato, no qual as partes estão vinculadas pelo programa contratual e precisam encontrar uma saída.

Se a mediação oferece vantagens expressivas como a economia de tempo e dinheiro na solução de conflitos comerciais e empresariais, sua adoção como estratégia principal de resolução de disputas deveria ser a consequência natural por parte dos contratantes que sofrem com a ruptura contratual.

A mediação é um método de solução de conflitos que promove a busca do significado da real necessidade das partes por meio de um programa em que as partes começam a ouvir a si mesmas, com a condução do mediador que é o neutro especializado em técnicas específicas nessa seara.

Os algoritmos do uso mediação como estratégia para combater os danos decorrentes do risco contratual são eficientes quando baseados na natureza do conflito, na qual existem pontos vulneráveis de todos os contratantes e serão operacionalizados a fim de seguirem o novo regramento propiciado na mediação em busca da reformulação do conflito.

A programação de algoritmos na gestão de conflitos é de suma importância na esfera contratual. Ela nasce da vivência de como a mediação pode contribuir para a resolução adequada de um conflito. O alcance de resultados positivos da mediação apenas é atingido quando há a programação correta de seus algoritmos que compreendem: 1) a escolha consciente da mediação pelas partes como forma de solução de conflitos, 2) a eleição conjunta das partes do mediador sob a orientação dos respectivos advogados de cada uma delas; 3) a estruturação do processo de mediação com agenda definida e cronograma de prazo pré-estabelecidos da duração desse procedimento; 4) a análise analítica da melhor e da pior alternativa sem acordo; e 5) a fase da negociação, dentro do processo de mediação, com todos os atributos necessários e técnicos.

Vale pontuar, que se o próprio sistema processual obriga ao Estado a promover a solução consensual dos conflitos, como a mediação, por qual razão esses métodos não são incluídos na matriz de gestão do risco contratual diante da inexecução de uma obrigação?

Nos termos do artigo 3º, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil:

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

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

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

A correta interpretação do acesso à Justiça exige o enquadramento no sistema do Tribunal Multiportas, dentro de uma perspectiva de que para cada espécie de conflito haverá uma porta adequada para o seu tratamento. Esse conceito foi idealizado, primeiramente, pelo professor de Direito da Universidade de Harvard Frank Sander, e tem como finalidade economizar tempo e dinheiro dos Tribunais e das partes envolvidas: “A finalidade do tribunal multiportas é dar celeridade na solução dos conflitos e resolver as controvérsias de acordo com a particularidade de cada disputa⁵³”.

Eis a força motriz da sustentabilidade do adimplemento contratual, após a ruptura do programa contratual causada pelo risco aperfeiçoado: se a obrigação ainda for possível de ser executada, a mediação pode ser um bom caminho para reprogramar o algoritmo do conflito para que o contrato chegue ao seu fim. Na impossibilidade do cumprimento da prestação, a mediação reveste-se ainda mais de uma porta do tribunal multiportas para que a solução desse conflito seja célere, confidencial e menos custosa às partes (menos custo financeiro, emocional e temporal).

O artigo 4º, inciso VII da Constituição Federal elege a solução pacífica dos conflitos como um princípio que rege as relações internacionais da República Federativa do Brasil. Adicionalmente, a mediação é mecanismo legítimo de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que confere tratamento mais adequado ao conflito oriundo do risco contratual, evitando o equívoco que a função social do Estado é garantir a Justiça a todos os cidadãos por meio do Poder Judiciário.

Não é mais permitido apegar-se no falso silogismo de que o único acesso à Justiça está vinculado ao Poder Judiciário. O antigo pensamento de que “é muito mais fácil mudar as leis de um país do que modernizar seus costumes e transformar as mentalidades⁵⁴” deve ser esquecido e invocado novos paradigmas.

O novo direito obrigacional traz novos paradigmas e sugestões de mudança de comportamento social e, no que se refere ao Judiciário, traz novas formas de resolução de conflito, como a Mediação, presentes em vários países do Mundo, e no Brasil através da Resolução CNJ 125 de 29/11/2010 e a Lei de Mediação 13.140 de 26/06/2015, que recentemente completou 5 (cinco) anos e “(...) ajudou a mudar cultura do litígio no país” nas palavras do Ministro Luís Felipe Salomão⁵⁵.

53. ALMEIDA, Rafael Alves de e ALMEIDA, Tania. *Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012. p. 85.

54. COMPARATO, Fabio Konder. “Rumo à Justiça” São Paulo: Saraiva, 2010. p. 10.

55. Entrevista concedida ao Consultor Jurídico no site [www.conjur.com.br/2020-jun-27/anos-lei-mediacao-ajudou-mudar-cultura-litigio#:~:text=A%20Lei%20da%20Media%C3%A7%C3%A3o%20(13.140,cultura%20do%20lit%C3%ADgio%20no%20Brasil.&text=A%20partir%20de%20ent%C3%A3o%20o,a%20cultura%20do%20lit%C3%ADgio%2C%20diz]. Acesso em: 28.06.2020.

7. A ARBITRAGEM COMO MÉTODO A ADMINISTRAR O RISCO AO CONFLITO

Os contratantes ao elegerem a arbitragem, como método adequado para resolver o conflito oriundo do risco contratual concretizado em razão da ruptura do programa contratual, eles estão dispostos a resolver o conflito de forma mais ágil do que o tempo médio de um processo judicial e querem uma decisão arbitral pautada na tecnicidade que o conflito exige.

A arbitragem é um método por meio do qual as partes elegem um terceiro neutro para proferir uma decisão ao conflito instaurado, cuja decisão tem força de sentença irrecurável com natureza jurisdicional (Código de Processo Civil, artigo 3º, § 1º). Ou pelas palavras de Carlos Alberto Carmona⁵⁶, a arbitragem é:

“meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.”

A arbitragem pode ser usada como forma de reduzir os efeitos desastrosos do risco do conflito no contingenciamento, bem como instrumento de menor impacto financeiro e até mesmo como estratégia empresarial a fim de evitar que a disputa seja conhecida por todos os *players* do mercado, considerando que o seu procedimento pode ser confidencial. Eis o primeiro ato de administração do risco contratual para aqueles que elegem a arbitragem como método de gestão.

O segundo ato de administração existente na arbitragem é que as partes elegem o árbitro. Essa decisão é a primeira grande vantagem para gestão do risco contratual, ou seja, se há a chance de escolha de um dos julgadores que irá compor o Tribunal Arbitral, conforme a análise de como esse profissional possui expertise na matéria do conflito instaurado, já ganha-se maior governabilidade no procedimento de acordo com o mapeamento do conflito já realizado.

O terceiro ato de administração para a escolha da arbitragem na administração do risco do conflito consiste na possibilidade na utilização de fundos de investimentos para financiamento nos processos arbitrais. Essa tendência é crescente no Brasil e confere a possibilidade dos contratantes serem financiados nos altos custos desse procedimento por fundos de investimento, que elegem a arbitragem, evitando assim o desembolso prévio no início do procedimento.

Como no Brasil ainda não há a publicação da ementa dos julgados decorrentes dos julgamentos dos Tribunais arbitrais, a fim de mensurar o uso da arbitragem como estratégia ao risco contratual, a análise do presente artigo baseou-se em arbitragens

56. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo, Editora Atlas, 2009.

proferidas e publicadas pela Câmara Portuguesa CIMPAS: Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros.

Nesse sentido é o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo 47/14.0YR-PRT, convencional JTRP000, da Relatoria de Rui Moreira (documento RP 201402 2547/14.0YRPRT), de 25/02/2014:

“Nos termos do art. 39º, 4 da Lei 63/2011, de 14/12 (Lei da Arbitragem Voluntária), a sentença arbitral pode ser impugnada por recurso, se isso tiver sido previsto na convenção de arbitragem. Tem o valor de convenção de arbitragem a adesão das partes ao Serviço de Mediação e Arbitragem do Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros (CIMPAS) e à aplicação das regras de processo constantes dos Regulamentos aprovados por esse Centro. No Regulamento da Arbitragem e das Custas em vigor no CIMPAS, sob o art. 20º, está expressamente prevista a recorribilidade das sentenças arbitrais aí proferidas, para os Tribunais da Relação. II – Quanto à indemnização do dano de privação do uso de um veículo, o regime de responsabilidade civil não dispensa a identificação concreta de danos, sejam patrimoniais ou não patrimoniais, que se traduzam numa efectiva lesão na esfera jurídica do lesado, e que estejam ligados ao facto ilícito e danoso por uma relação de causalidade adequada.”

Na decisão acima, é facilmente perceptível que a decisão arbitral enfrentou o regime de responsabilidade civil dentro do programa contratual com a identificação concreta dos danos com a extensão da causalidade adequada.

De forma resumida, vejamos algumas decisões arbitrais proferidas pelo centro CIMPAS, a fim de identificarmos o tratamento do risco contratual referentes a seguros do ramo multirriscos e automóvel:

“Arbitragem A – 2017/215 – MRA. O veículo de passageiros para o qual foi contratado seguro de responsabilidade civil sofreu um acidente à saída da garagem da residência do Reclamante, provocando danos no filtro de óleo e no cárter, com consequente perda de óleo. Após a colisão, o Reclamante percorreu uma distância de aproximadamente 2,5 km até o local onde foi rebocado o veículo. Percebeu-se que o veículo possuía danos internos no motor. Após a dilação probatória, decidiu o árbitro pela parcial procedência da pretensão do Reclamante, posto que restou comprovado apenas o nexo de causalidade entre os danos no filtro de óleo, no cárter e o embate ocorrido quando da saída da garagem.

Arbitragem A – 2018/30LP. O Reclamante solicitou, por meio de sua seguradora, um reboque para o transporte de um veículo, o qual caiu do reboque com a porta aberta e bateu em outro automóvel dentro da oficina. Concluiu o árbitro que, diante dos fatos narrados, ocorreu um sinistro inerente ao serviço de transporte e condenou a Reclamada ao pagamento da quantia referente à reparação de danos do veículo, descontada a franquia contratualmente prevista.

Arbitragem MR/2018/803/LP. O Reclamante e a Reclamada celebraram contrato de seguro multirriscos habitação, vigente desde 2014, o qual incluía a cobertura para riscos elétricos. Em 09.01.2016, ocorreu um sinistro no imóvel segurado, sendo que diversos eletrodomésticos foram afetados. Esses danos foram enquadrados na cobertura de riscos elétricos. Concluiu o árbitro que foi demonstrada a subscrição da cláusula de assistência ao lar desde janeiro de 2015, cerca de 1 ano antes do sinistro; que foram comprovados os danos à máquina de lavar roupa e os gastos com lavanderia, os quais não excederam os €50 (limite de indenização). O árbitro avaliou, ainda, que os danos aos equipamentos foram incluídos na cobertura para danos elétricos; que, uma vez que a obrigação de proceder com as averiguações relativas ao bem segurado recai sobre a Reclamada, não se pode deixar de condená-la ao pagamento dessa importância. A reclamação foi considerada integralmente procedente.”

8. CONCLUSÃO

A distribuição dos riscos contratuais diante da impossibilidade do cumprimento da obrigação remete à verificação da exata condição de impossibilidade do cumprimento da prestação.

Não é toda e qualquer impossibilidade do cumprimento da obrigação apta a ensejar a resolução do contrato e a liberar o devedor da execução do programa contratual. E, por isso, exige-se muita cautela na análise jurídica do conflito instaurado pelo risco contratual concretizado, pois se houver vulnerabilidade aos contratantes – repita-se a todos os contratantes – o ordenamento jurídico apresenta caminhos para revisão contratual ou ainda resolução na exata medida dos prejuízos caudados por todos aqueles vinculados pelo sinalagma contratual.

O risco contratual pode ser definido como aquele evento incerto e imprevisível, que o regramento contratual visa criar regras pré-definidas com medidas protetivas para minimizar seus efeitos, e definir as hipóteses de reconstrução do sinalagma e, em sua impossibilidade, hipóteses de indenizações. Mas nenhuma lei contratual tem o condão de evitá-lo ou prevê-lo na exatidão da sua ocorrência, nem na exatidão dos seus danos.

Gerenciar o risco do conflito é dominar o paradoxo das incertezas geradas pela quebra contratual.

Da mesma forma, no risco contratual o gerenciamento do risco conflito precisa selecionar o método de tratamento do risco, com a escolha do método que traduza maior controle do risco com menor custo.

O novo direito obrigacional traz novos paradigmas e sugestões de mudança de comportamento social e na estratégia na condução do conflito e no enfrentamento do risco contratual.

Esse enfrentamento faz parte da evolução jurídica, ou seja, se há vulnerabilidade de ambos os contraentes, se a onerosidade excessiva não configurada e existe indícios de configurar enriquecimento sem causa a favor de contratante em desfavor do outro, é porque para se atingir a segurança jurídica faz-se necessário o uso da mediação e da arbitragem para o risco contratual aos conflitos oriundos à ruptura do programa contratual.

Não há também obrigatoriedade do uso dos dois métodos supracitados para o mesmo caso concreto. Não há tampouco a compulsoriedade do escalonamento de ambos, mas existe a real necessidade da análise analítica da adoção desses métodos no conflito para minimizar os danos e reflexos decorrentes da inexecução da obrigação advinda do risco contratual.

A estratégica analítica na escolha do método adequado para solução do conflito gerada pela ruptura contratual pauta-se pelo mapeamento do conflito no viés econômico do prejuízo suportado por todos os contratantes, e mais ainda pela correta mensuração dos benefícios que cada método apresenta.

Não se pode falar que a mediação deve ser utilizada para todos os conflitos e garante sempre a solução almejada pelo ponto de vista de apenas um só dos contraentes. O jargão *ganha-ganha* da mediação pode trazer um resultado zero, exatamente conforme a matemática cujo resultado da conta de zero multiplicado por zero é zero, e isso ser o maior valor agregado resultado da mediação, se ao final do uso desse método um dos mediandos entender que, de fato, não teria grandes chances com sua tese fática e jurídica se encaminhasse seu conflito para o Poder Judiciário, e perdendo a ação ainda aumentará seu prejuízo com o pagamento dos honorários de sucumbência do advogado da outra parte.

De fato, não só o ganha-ganha da mediação traduz-se no acordo parcial ou total do descumprimento contratual gerado com prejuízos a ambos os contraentes. A estratégia do uso da mediação – independentemente do momento do conflito – é uma experiência única tanto para o mediando, como para o seu advogado, por ser o único método em que as partes terão o protagonismo de reformular o conflito por meio de técnicas específicas e da boa capacitação do mediador eleito em comum acordo pelas partes e assim experimentar e vivenciar as vulnerabilidades e riscos que o pós conflito do risco contratual pode trazer.

Na mesma sintonia de estratégia na escolha do método, existe a arbitragem que se prevista no contrato descumprimento ou, se mesmo após a configuração da quebra do sinalagma ambas as partes escolherem esse método por meio da assinatura do Compromisso arbitral, possibilitará aos contraentes o enquadramento do conflito de acordo com as vantagens e fases da escolha desse método heterocompositivo.

A arbitragem precisa ser suscitada pelos contraentes, se após o conflito, o direito violado permitir o seu uso. E caso haja os requisitos fáticos e legais para iniciar a

arbitragem, o critério financeiro dos custos iniciais não podem ser um obstáculo automático que cega os operadores do direito a seguirem por essa porta do Tribunal multi-portas.

A análise financeira de um conflito a ser encaminhado para arbitragem exige projeções desde a Câmara Privada a ser escolhida (dentro dos custos, taxas e honorários de árbitro) versus o efetivo prejuízo suportado pelos contratantes que sofrem com a ruptura do programa contratual. E, eis aqui um paradigma a ser quebrado, se há receio ou ausência de todos os critérios para escolha da Câmara de arbitragem no momento da celebração do contrato – quando ainda não é possível nem advinhar se aquele contrato sofrerá com o risco contratual concretizado em prejuízos – por que não prever esse instituto no contrato mais com critérios objetivos de escolha da Câmara, já indicando as faixas financeiras de extensão dos prejuízos de acordo de acordo com as tabelas de custos da Câmaras indicadas no instrumento contratual. Ou com maior segurança jurídica prever no contrato, que após o conflito, as partes comprometem-se a assinar o Compromisso arbitral em até um determinado período, sob pena a parte que se recusou a assinar o Compromisso arbitral, arcar uma multa não compensatória já pré-fixada em contrato em razão de descumprir a cláusula que obrigava todos os contratantes a assinar um Compromisso Arbitral, após o conflito.

Em sentido macro a estratégia do uso da mediação e da arbitragem permeia por análise econômica jurídica do conflito, a percepção dos elementos fáticos dos contratantes e, mais ainda, das provas – que podem ou não serem utilizadas na escolha dos métodos heterocompositivos – e na vulnerabilidade das partes que sempre existem sejam aparentes ou ocultas.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Rafael Alves de e ALMEIDA, Tania. *Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. II.
- ÁVILA, HUMBERTO. “*Segurança jurídica*”. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo. Malheiros. 2011.
- BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo?* Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo: UNESP, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na “sociedade de direito privado”. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica, 1997.
- CLARK, Edgard S. “*Financial Officers Change and Riks Management*”. Address before the Financial Officers of Hothern California, January 31, 1973.

- CLEMEN, Robert T. *Making hard decisions: an introduction to decision analysis*. 2. ed. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. “Rumo à justiça”. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GILMORE. *La morte del contratt*. Trad. Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano. Milano: Giuffrè, 1988.
- GOLDBERG, Stephen B, Frank E. A. SANDER, Nancy H. ROGERS, Sarah Rudolph COLE. *Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes*. 5. ed. Wolters Kluwer Law & Business, Aspen Publishers, Estados Unidos da América.
- GOLANN, Dwight. FOLBERG, Jay. *Lawyer negotiation: theory, practice and law*. 2nd. ed. New York: Aspen Publishers, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos Contratos? *Artigo publicado na Revista da USP em janeiro de 2001*.
- GREENE, Mark Richard and SERBEIN, Oscar N. *Risk management: text and cases*. Virginia: Reston Publishing Co., 1978.
- ISOLDI, Ana Luiza. Para ser um mediador no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 46. WALD, Arnaldo. NANNI, Giovanni Ettore (Coord.), São Paulo, ano 12, jul.-set. 2015. p. 155-171.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil. v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.
- LISBOA, Roberto Senise. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In: DINIZ, Maria Helena. *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- LOTUFO, RENAN. “Evolução histórica do direito das obrigações (Renan Lotufo)”. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil. Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. v. 2.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do Direito Civil obrigacional: a concepção do Direito Civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. *Cadernos de autonomia privada*. Curitiba: Juruá, n. 2, 2001.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa: de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva: 2001.
- NANNI, Giovanni Ettore. NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.
- ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001.
- SCHELLING, Thomas C. *The strategy of conflict*. Cambridge: Plicke Partners Publishing, 2015.

SMITH, J. Q. “*Decision analysis: a bayesian approach*”. New York: Chapman and Hall, 1988.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. *O risco contratual. Sociedade de risco e o direito privado*. LOPEZ, Teresa Ancona. LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. (Coords.). Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

WALD, Arnaldo. A arbitragem contratual e os dispute boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, jul.-set. 2005.

Site consultado

https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf Acesso em 17.02.2020.

Entrevista concedida ao Consultor Jurídico no site [www.conjur.com.br/2020-jun-27/anos-lei-mediacao-ajudou-mudar-cultura-litigio#:~:text=A%20Lei%20da%20Media%C3%A7%C3%A3o%20(13.140,cultura%20do%20lit%C3%ADgio%20no%20Brasil.&text=A%20partir%20de%20ent%C3%A3o%20o,a%20cultura%20do%20lit%C3%ADgio%2C%20diz]. Acesso em: 28.06.2020.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A competência do tribunal arbitral para solução de litígios extracontratuais, de Carmen Tiburcio – *RARB* 50/95-113 (DTR\2016\23898).

A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: INOVAÇÕES LEGISLATIVAS E DESAFIOS ENFRENTADOS

THE USE OF MEDIATION BY THE PUBLIC ADMINISTRATION: LEGISLATIVE INNOVATIONS AND CHALLENGES FACED

MILENA BRITTO FELIZOLA

Mestre em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Meio Ambiente (PRODEMA) da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário Jorge Amado (UNIJORGE). Bacharela em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica e Professora do Centro Universitário FAMETRO – (UNIFAMETRO). Advogada e Consultora. mbbritto@hotmail.com

FABIO SALES FELIZOLA

Especialista em Gestão Pública com Ênfase em Auditoria e Controle Externo no Setor Público pela União Cearense das Associações de Ensino Superior (UNICE) e Instituto de Ensino Superior de Fortaleza (IESF). Graduado em Engenharia Civil pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). fabiofelizola@yahoo.com.br

ÁREAS DO DIREITO: Civil; Processual; Administrativo

RESUMO: Publicado em 2015, o Código de Processo Civil disciplinou a autocomposição de conflitos envolvendo a Administração Pública. Seguindo esse mesmo caminho, a Lei de Mediação determinou, ainda, a criação de Câmaras de Mediação e Conciliação dirigidas à resolução consensual e extrajudicial de conflitos nesse mesmo âmbito. Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo geral analisar a aplicação da mediação envolvendo conflitos na seara da Administração Pública, com ênfase nas inovações legislativas e desafios enfrentados. Serão, dessa forma, estudados os diplomas legislativos que tratam da matéria, sendo

ABSTRACT: Published in 2015, the Code of Civil Procedure establishes the self-determination of conflicts involving the Public Administration. Following this same path, the Mediation Law also determined the creation of mediation and conciliation chambers aiming a consensual and extrajudicial resolution of conflicts within the same scope. Thus, the present article has as general objective to analyze the application of mediation involving conflicts in the area of Public Administration, with an emphasis on the legislative innovations and challenges faced. Consequently, the legislative diplomas dealing with this substance

considerados, também, os principais entraves para sua implementação. Para o desenvolvimento da pesquisa, a metodologia empregada foi a bibliográfica, incluindo a consulta à legislação pertinente, bem como à doutrina e jurisprudência atinentes ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Conflitos – Mediação – Administração Pública – Código de Processo Civil – Lei 13.140/2015.

will be evaluated and the main challenges for its implementation will be studied. For the development of the research the methodology used was the bibliographical, including the consultation of the pertinent legislation, as well as to the doctrine and jurisprudence related to the subject.

KEYWORDS: Conflicts – Mediation – Public Administration – Code of Civil Procedure – Law 13.140/2015.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A mediação como forma de solução de litígios. 2.1. A mediação como técnica de afirmação célere e universal à justiça. 2.2. Conceito jurídico e os benefícios da mediação. 2.3. A previsão legal da mediação no Brasil e da possibilidade de a Administração Pública ser destinatária dos métodos consensuais de resolução de conflitos. 3. Desafios para a autocomposição de conflitos na Administração Pública. 4. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil (CPC) em vigor (Lei 13.105, de 16 de março de 2015) propugna uma ruptura com a tradicional cultura litigiosa, incentivando a solução consensual dos conflitos e elegendo paradigmas que priorizam a humanização do processo como mecanismos prioritários. A nova codificação surgiu, inclusive, em um contexto em que os jurisdicionados clamavam por celeridade na tramitação processual, tendo por objetivo desajougar o Poder Judiciário, que possui 78,7 milhões de processos em tramitação¹ aguardando alguma solução definitiva e que se encontra maculado por altas taxas de congestionamento, como diagnosticado no mais recente relatório apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)².

Ainda, segundo o mesmo documento, foi mencionado que os índices de conciliação são muito baixos. Em 2018, foram 11,5% sentenças homologatórias de acordo. Depois do crescimento registrado nos dois anos anteriores, foi observada uma redução no número de transações. Na fase de conhecimento, o índice é de 16,7%. Já na de

1. Cumpre registrar que, pela primeira vez em 15 anos, houve uma redução na quantidade de processos em tramitação no Poder Judiciário. No final de 2017, o número foi de 79,6 milhões. O referido relatório apresentado pelo CNJ apontou que, ao todo, foram julgados 32,4 milhões de processos em 2018, quase um milhão a mais do que no ano anterior.
2. CNJ. Dados divulgados pelo *Justiça em Números*, ano-base 2018, publicado em 2019. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf]. Acesso em: 02.02.2020.

execução, é ainda menor e alcança 6%. Além disso, no segundo grau, a conciliação é praticamente inexistente, apresentando identificadores bastante baixos³.

No referido levantamento feito pelo CNJ, a Administração Pública foi também apontada como uma das maiores demandadas e demandantes, tendo em vista que a grande maioria das ações que tramitam no Poder Judiciário tem como autores ou réus órgãos dos três níveis de governo⁴. Assim, para desafogar o Judiciário torna-se imprescindível diminuir a quantidade de processos judiciais envolvendo o Poder Público, implementando-se, desse modo, formas não adversariais de resolução de litígios.

A ausência de marcos legais que disciplinassem o emprego desses métodos alternativos de tratamento de conflitos na seara pública pode ter sido uma das razões que motivaram a resistência na sua utilização. Nesse cenário, adveio a Lei 13.140/2015, que foi além de simplesmente disciplinar a mediação judicial e extrajudicial, como constava nos anteprojetos. A denominada “Lei de Mediação” veio regulamentar, inclusive, a autocomposição de conflitos na (e da) Administração Pública nas esferas federal, estadual, distrital e municipal. Houve, diante dos novos marcos legais, um importante avanço no incremento do uso dos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, em especial no que se refere à sua aplicação pelo Poder Público.

Diante do cenário apresentado, surge o problema da presente pesquisa: perante os diplomas legislativos atualmente vigentes, quais as possibilidades e os desafios na aplicabilidade da mediação aos litígios que envolvem a Administração Pública? Assim, o presente artigo tem como objetivo analisar a aplicação da mediação envolvendo conflitos na seara pública. Serão, com essa finalidade, avaliadas as leis que tratam da matéria, com as suas consequentes modificações, bem como as impressões doutrinárias e teóricas a respeito do tema, trazendo, ainda, os principais obstáculos enfrentados para a implementação do mandamento legal.

Como caminho metodológico, adotou-se a pesquisa bibliográfica, com a coleta e análise da legislação positivada, bem como sua interpretação à luz da jurisprudência e doutrina correlacionada, disponíveis em meio físico e eletrônico. Estudou-se, também, os conceitos e os princípios aplicáveis à matéria, além dos aspectos instrumentais relativos à solução autocompositiva de conflitos expressa no CPC de 2015.

-
3. CNJ. Dados divulgados pelo *Justiça em Números*, ano-base 2018, publicado em 2019. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf]. Acesso em: 02.02.2020.
 4. CNJ. Dados divulgados pelo *Justiça em Números*, ano-base 2018, publicado em 2019. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf]. Acesso em: 02.02.2020.

O presente artigo foi dividido em três partes. Na primeira, teceu-se a algumas considerações acerca da mediação como método de resolução de conflitos, seu conceito, características, benefícios, assim como sua previsão legal e a possibilidade de aplicação nos litígios que tenham como participante a Administração Pública. Na segunda parte, tratou-se dos empecilhos para a autocomposição de conflitos na Administração Pública, com a finalidade de adentrar na análise objeto do presente trabalho. Por fim, na terceira parte, foram realizadas as conclusões e considerações finais acerca da problemática abordada. Por óbvio, não se pretende exaurir a apreciação de todas as questões relacionadas à institucionalização da mediação, mas apenas tecer considerações e fomentar a discussão sobre pontos importantes relacionados ao tema.

2. A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

2.1. *A mediação como técnica de afirmação célere e universal à justiça*

A morosidade inerente ao processamento dos feitos junto ao Poder Judiciário prolonga o sofrimento dos envolvidos, que não conseguem um deslinde rápido para as suas contendas. Ganham, com isso, maior relevância as alternativas de solução de controvérsia, em detrimento da processualística anacrônica de litigância.

Sobre o tema, ensina Mauro Cappelletti que:

“A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e medianas, pelas quais se busca a satisfação de ambas as partes em primeiro plano, de modo humano e pessoal, expungindo-se assim a lentidão, a morosidade, os altos custos e a politicagem que macula nosso Ordenamento Estatal Legal.”⁵

Nesse sentido, a conciliação e a mediação ganharam relevância, por promoverem a harmonia necessária ao deslinde dos conflitos, com a orquestração da mais lúdica e célere justiça. Dessa forma, importantes mudanças legislativas vieram a positivar o instituto da mediação como alternativa de solução dos conflitos que antes demandavam uma longa espera por um provimento jurisdicional, desempenhando papel fundamental na tentativa de desafogar o Poder Judiciário. Assim, a Lei da Mediação (Lei 13.140/2015) e o Código de Processo Civil vigente ostentam a mesma tendência de inovar a forma de solucionar e pacificar os conflitos.

5. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 35.

No CPC, estão inseridas normas que tratam, especificamente, sobre o uso da mediação. Logo no início desse diploma legislativo, já há a menção no art. 3º, § 3º, que dispõe: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”⁶

Sobre o tema, reforça Fernanda Tartuce:

“Se o leitor buscar o vocábulo encontrará, ao longo do Novo Código, 22 (vinte e duas) ocorrências sobre mediação; tal presença revela uma considerável mudança, já que nos Códigos anteriores nenhuma menção era feita. Segundo a comissão de legisladores envolvida no projeto, a disciplina busca dar aos mecanismos consensuais de resolução de conflitos todo o destaque que modernamente eles têm tido.”⁷

Vê-se, portanto, uma ação do Estado no sentido de incentivar o uso da mediação, com fito de aplicar alternativas de solução de litígios dentro e fora do Judiciário, com intuito cristalino de melhorar a eficácia e eficiência das decisões. Nesse sentido, LAVOR enfatiza que:

“A mediação se afirma como uma política de finalidade muito mais séria que somente aliviar a invencível carga de trabalho suportada pelo Poder Judiciário, seu papel se presta a formar cidadãos mais conscientes e responsáveis quanto aos seus direitos e deveres, pois o Estado não pode ser chamado a cuidar de todas as aspirações, anseios e reivindicações sociais. A justiça comum impõe regras formais e inflexíveis; a instrução probatória é amplíssima; o processo é público, salvo segredo de justiça; o andamento depende do volume de processos; os atos são fora do controle das partes; o juiz é generalista, encarregado de decidir sobre o que não conhece e vai se apoiar em perícias e assistentes técnicos indicados pelas partes, lei e precedentes jurisprudenciais; além da lentidão, dos altos custos e da pluralidade de disposições recursais.”⁸

Isto posto, pode-se concluir que a mediação é o meio alternativo de resolução de conflitos que não só exerce influência nas decisões como também tem impacto

-
6. BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm]. Acesso em: 09.03.2020.
 7. TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In: FREIRE, Alexandre; MEDINA, José Miguel Garcia; DIDIER JR, Fredie; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Orgs.). *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 750.
 8. LAVOR, Johnson Presley Holanda. *Métodos alternativos de solução de conflitos: conciliação e mediação – Lei n. 13.140/2015*. Fortaleza: Unifor, 2015. Disponível em: [www.unifor.br/biblioteca]. Acesso em: 10.02.2020.

direto no desafogamento do Poder Judiciário, sendo, portanto, o instrumento determinante na busca da paz social. Além disso, é um mecanismo que provoca uma nova mentalidade da sociedade, promovendo uma reeducação social, que poderá impulsionar uma solução mais célere aos litígios, inclusive sem a intervenção judicial.

2.2. Conceito jurídico e os benefícios da mediação

Existem várias definições doutrinárias de mediação e posicionamentos acerca das hipóteses em que a mesma deve ser aplicada. Não obstante, há certa unanimidade no sentido de que a mediação deve ser entendida como um meio de solucionar conflitos entre as partes, onde um terceiro imparcial (mediador) auxilia os envolvidos no reestabelecimento dos vínculos e diálogo e, com isso, atua como facilitador para que as partes conflitantes possam encontrar uma solução para o litígio.

Sobre o tema, importante trazer à lume os ensinamentos de Breitman e Porto, que sustentam que a mediação:

“[...] é um processo orientado a conferir às pessoas nele envolvidas a autoria de suas próprias decisões, convidando-as à reflexão e ampliando alternativas. É um processo não adversarial dirigido à desconstrução dos impasses que imobilizam a negociação, transformando um contexto de confronto em contexto colaborativo. É um processo confidencial e voluntário no qual um terceiro imparcial facilita a negociação entre duas ou mais partes onde um acordo mutuamente aceitável pode ser um dos desfechos possíveis.”⁹

Observa-se do trecho supracolacionado que a mediação tem como objetivo dar maior autonomia e segurança às partes, depois de as decisões terem sido tomadas por elas próprias, restaurando, assim, a comunicação entre os litigantes, dando-lhes, também, a condição de manter um relacionamento amistoso e duradouro. Constitui, portanto, “um processo de transformar antagonismos em convergências, não obrigatoriamente em concordâncias, por meio da intervenção de um terceiro escolhido pelas partes”¹⁰.

Nesse sentido, a função da mediação é mais profunda que a da conciliação, pois não se fixa nos fatos, mas nos atores. Caberá ao mediador, desse modo, reconhecer os sentimentos que os envolvidos guardam e revelam de forma cíclica, promovendo a ruptura do círculo vicioso das ofensas e desavenças, transportando as partes para

9. BREITMAN, Stella; PORTO, Alice C. *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001. p. 45.

10. FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Mediação e solução de conflitos: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 54.

além de si próprias, a fim de alcançar a dissolução do conflito por uma solução mutuamente aceitável¹¹.

O conceito jurídico da mediação encontra-se prescrito na Lei 13.140/2015, que disciplina a matéria e, logo no seu art. 1º, parágrafo único, estabelece: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”¹²

Além disso, o art. 2º do supracitado diploma legislativo aponta os princípios que orientam a mediação, que são: imparcialidade do mediador, isonomia entre os envolvidos, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. Tais princípios conferem maior segurança aos mediandos quando da sua aplicabilidade.

O CPC apresenta, no art. 165, as funções de conciliador e mediador como auxiliares da justiça, diferenciando as atribuições desses profissionais. No § 2º, estabelece que “O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.”¹³ Logo no parágrafo seguinte disciplina e distingue que:

“O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.”¹⁴

Além das diferenças apresentadas na mencionada legislação processual civil e daquelas trazidas nas doutrinas pertinentes ao tema, a mediação se destaca por ser um método mais completo que a conciliação. Isso porque a dinâmica da mediação é desenvolvida de forma que “as pessoas se sintam à vontade para expor suas

-
11. BRAGA, Ana Livia Figueiredo; ALECRIM, Kennedy Gomes de. A Mediação. In: BOMFIM, Ana Paulo Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de. *MESCS – Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 54.
 12. BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Disponível em: [\[www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm\]](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 09.03.2020.
 13. BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [\[www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm\]](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 09.03.2020.
 14. BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [\[www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm\]](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 09.03.2020.

percepções e, quando pertinente, seus valores mais íntimos sobre as particularidades da relação e da situação conflituosa”¹⁵. Desse modo, os mediandos não atuam como adversários, mas como corresponsáveis na construção de soluções.

Assim, tal método perpassa pela corresponsabilização dos participantes, com ênfase na construção de soluções conjuntas, que atendam aos interesses e às necessidades mútuas. Desse modo, o principal objetivo da mediação não é o acordo (embora ele seja uma consequência possível desse processo), mas o restabelecimento da comunicação entre os envolvidos.

Para ilustrar o quanto dito, cumpre mencionar as lições de Berenice Dias:

“O mediador favorece o diálogo na construção de alternativas satisfatórias para ambas as partes. A decisão não é tomada pelo mediador, mas pelas partes, pois a finalidade da mediação é permitir que os interessados resgatem a responsabilidade por suas próprias escolhas.”¹⁶

Como define a referida doutrinadora, a atuação do mediador busca auxiliar as partes para melhor compreender os problemas e os interesses gerados no conflito, com o fim precípua de facilitar as suas decisões, restabelecendo a comunicação perdida, a fim de que possam identificar, por si próprias, qual a melhor solução para o litígio e que, a partir desta composição, os benefícios sejam favoráveis aos mediandos. O mediador, então, tem o papel de facilitar o diálogo entre as partes, de modo a atender aos seus próprios interesses, por meio de uma composição que as beneficiará.

Referindo-se ao mediador, Lília Sales explica o papel desse profissional:

“O mediador é aquela terceira pessoa escolhida ou aceita pelas partes que, com técnicas próprias, facilita a comunicação, possibilitando um diálogo pacífico e um acordo satisfatório. O mediador é o condutor da mediação de conflitos – terceiro imparcial que auxilia o diálogo entre as partes com o intuito de transformar o impasse apresentado, diminuindo a hostilidade, possibilitando que as próprias partes encontrem uma solução satisfatória para o conflito. Deve o mediador ser capaz de entender o conflito, ser paciente, inteligente, criativo, confiável, humilde, objetivo, hábil na comunicação e imparcial com relação ao processo e ao resultado.”¹⁷

-
15. OLIVEIRA, Marcello; PONTES, Mariana Veras Lopes; PELAJO, Samantha. Regulamentação da Mediação: Fundamentos Jurídicos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coords.). *Mediação de Conflitos* – Para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 290.
 16. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 688.
 17. SALES, Lília Maia de Moraes. Ouvidoria e mediação: instrumentos de acesso à cidadania. In: *Revista Pensar*. Disponível em: [<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/787/1647>]. Acesso em: 19.07.2018.

Quanto aos principais benefícios proporcionados pela mediação na resolução de conflitos, podem ser citadas a celeridade e a confidencialidade. Além desses, essa forma autocompositiva possui como vantagens evidentes a economicidade e a preservação dos laços entre as partes. Outro diferencial da mediação – principalmente se comparada à jurisdição – reside no poder de escolha dos mediadores, de modo que os participantes possuem a opção em designar um ou mais especialistas com conhecimento técnico do tema do litígio para auxiliá-los a resolver a controvérsia.

A mediação, portanto, é o método de solução de conflitos mais adequado para as disputas que envolvem o Poder Público. Isso porque é preferível a abordagem ampla e “uma prática que seja, sempre que possível, pedagógica e transformativa, possibilitando às pessoas e organizações envolvidas aprender com cada conflito, a fim de administrarem de forma produtiva os novos problemas que inevitavelmente surgirão em seu relacionamento no futuro”.¹⁸

2.3. *A previsão legal da mediação no Brasil e da possibilidade de a Administração Pública ser destinatária dos métodos consensuais de resolução de conflitos*

A permissão de realização de mediação com a consequente celebração de acordos pela Administração Pública foi prevista, inicialmente, de forma tímida. A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)¹⁹ tornou obrigatória a tentativa de conciliação em dois momentos processuais diversos – posteriormente à abertura da audiência de instrução e julgamento (art. 846)²⁰ e depois de aduzidas as razões finais pelas partes (art. 850).²¹ As Leis dos Juizados Especiais Estaduais (Lei 9.099/95) e Federais (Lei 10.529/2001) também incentivaram a autocomposição. Além disso, foi regulamentado um diploma legislativo específico para disciplinar os Juizados Especiais da Fazenda Pública, a Lei 12.153/2009, dispondo sobre o processamento especial dos litígios de pequena monta envolvendo os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

18. SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (Coords.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 32.

19. BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm]. Acesso em: 16.03.2020.

20. Art. 846. Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

21. Art. 850. Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.

Tal norma também estimulava a autocomposição das partes, prevendo, inclusive, a possibilidade da designação de audiência de conciliação para tal finalidade.

Ademais, a Lei 8.987/1995 (que disciplina o regime de concessão comum e permissão de serviços públicos) estabelece que o contrato poderá prever o emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas dele decorrentes ou relacionadas, chancelando, portanto, o uso da mediação, conciliação e, inclusive, da arbitragem²². Além disso, o diploma legislativo que versa sobre contratos em regime de parceria público-privada (as concessões patrocinadas e administrativas) prevê como cláusula do edital os mecanismos privados de resolução de disputas (a incluir a mediação) decorrentes ou relacionadas aos contratos a ela submetidos²³. De igual modo, o art. 44-A da Lei 12.462/2001 (que instituiu o regime diferenciado de contratações), expressamente admite o emprego de métodos alternativos de resolução de controvérsias para dirimir litígios advindos de sua execução²⁴.

Já, em 2010, o Conselho Nacional de Justiça, pela Resolução 125, instituiu a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses. Tendo em vista a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos métodos autocompositivos, a referida norma atribuiu ao Poder Judiciário a organização dos mecanismos consensuais de solução de litígios, como a mediação e a conciliação. Para isso, a resolução referida determinou que os tribunais de justiça implantassem núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos e, a eles vinculados, os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, a quem compete a realização das sessões de conciliação e mediação. Ademais, foram estipuladas diretrizes para capacitação, treinamento e reciclagem de servidores, conciliadores e mediadores, além de terem sido definidos princípios para a sua atuação (em um código de ética específico) e feitas indicações para o monitoramento e a avaliação dessa política. Ainda determinou a coleta e atualização de dados para fins estatísticos e criou o Portal da Conciliação.

Mais recentemente, o novo Código do Processo Civil (Lei 13.105), sancionado em março de 2015, estipulou que o Estado promova – sempre que possível e a qualquer tempo – a solução consensual de conflitos²⁵ e que a conciliação, a mediação e outros métodos similares devam ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive, no curso do processo judicial²⁶.

22. Art. 23-A da Lei 8.987/1995.

23. Art. 11 da Lei 11.079/2004.

24. Dispositivo incluído pela Lei 13.190/2015.

25. Art. 139, V, do Código de Processo Civil de 2015.

26. Art. 3º, § 3º, do Código de Processo Civil vigente.

Além disso, o Código dispõe de disciplina inteira dedicada aos institutos da mediação e da conciliação na Seção V, Capítulo III, Título IV, do Livro III (Dos Sujeitos do Processo). Nela foram explicitados os princípios da mediação e da conciliação (art. 166), disciplinadas as regras procedimentais (arts. 167, 168, 170, 171), discriminadas as funções do mediador e do conciliador (art. 165, §§ 2º e 3º), mencionado sobre o direito à remuneração dos conciliadores e mediadores (art. 169), além dos impedimentos (art. 172) e sanções dos facilitadores para o caso de violação dos seus deveres (art. 173).

Ademais, o mesmo diploma legislativo inovou ao prever a realização de audiência de conciliação ou de mediação antes da resposta do réu²⁷. Com isso, o legislador objetivou estimular a via pacífica para terminação do conflito, tornando a solução judicial uma espécie de *ultima ratio* para a composição dos litígios. Além disso, o não comparecimento injustificado do autor ou do réu é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, ficando a parte ausente sujeita a pagamento de multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, que será revertida em favor da União ou do Estado²⁸.

A valorização do papel da mediação e da conciliação dentro da atividade jurisdicional se faz presente no novel diploma processualista também ao incluir nos quadros dos órgãos auxiliares da justiça servidores especializados para o desempenho dessa função especial. Além disso, o artigo 165 dispõe que:

“Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a auto-composição.”

Apesar de todo o esforço, os índices de litigiosidade no Brasil não decresceram na proporção esperada, razão pela qual a Lei 13.140/2015 veio disciplinar, especificamente, a mediação de conflitos. Quanto ao tipo de lide que pode ser objeto de mediação, foi disciplinado o que já sustentava a doutrina, no sentido de que a mediação poderá ser utilizada para solucionar conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação²⁹.

A mencionada legislação é bem explicativa e apresenta orientações gerais referentes à atividade da mediação e aponta as especificidades dos mediadores judicial e extrajudicial, prevendo diferentes critérios para mediadores de acordo com o seu

27. Art. 334 do Código de Processo Civil em vigor.

28. Art. 334, § 8º, do novo Código de Processo Civil.

29. Art. 2º da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.

escopo de atuação. Além de contemplar as singularidades da mediação na esfera do Poder Judiciário e fora dele, em seu artigo 46, prevê a possibilidade dessa prática ser realizada “pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação a distância, desde que as partes estejam de acordo”.

Cumprе ressaltar que o mencionado diploma legislativo veio a regulamentar, não só a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares, mas também acerca da “autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública”³⁰. A expressão legal utilizada permite uma interpretação ampla, tratando do exercício da função administrativa (atividade cometida a todos os órgãos e entidades públicos) e não da pessoa Administração Pública (o denominado Poder Executivo). Nesse sentido, estariam abrangidos em sua incidência todos e quaisquer conflitos porventura existentes na esfera de ação da função administrativa, como casos que tratem de temas pertinentes a servidores do Poder Legislativo, conflitos próprios de contratos administrativos firmados pelo Poder Judiciário, aquelas provenientes de contratações do Poder Executivo e de eventuais conflitos interorgânicos³¹.

Segundo a mencionada norma jurídica, “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública”³². Nas citadas câmaras, pode haver a resolução administrativa de conflitos entre os próprios órgãos e entidades da Administração Pública e entre estes e particulares, decorrentes de contratos públicos e de eventual desequilíbrio econômico-financeiro. Tais câmaras de mediação têm competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público, e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

A autocomposição administrativa poderá compreender ferramentas inovadoras, como a mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos³³, a transação por adesão em controvérsias jurídicas pacificadas por jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores³⁴, a composição de controvérsias jurídico-tributárias perante a Receita Federal do Brasil ou sobre a

30. Art. 1º da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.

31. CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. In: *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, jan.-mar. 2018. Disponível em: [www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=250845]. Acesso em: 30.02.2020.

32. Art. 32 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.

33. Art. 33 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.

34. Art. 35 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.

dívida ativa da União³⁵, bem como a resolução de conflitos entre particulares perante as agências e órgãos reguladores de certas atividades³⁶. Todas essas iniciativas deverão ser delineadas em regulamentos próprios³⁷.

Entre outras disposições da Lei 13.140, é digna de registro a previsão no sentido de que os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro ou para tal concorrerem³⁸. A imunidade garantida na lei irá afastar o temor de responsabilização pessoal por decisões tomadas nas câmaras, exceto, por óbvio, em casos de corrupção.

3. DESAFIOS PARA A AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Da junção dos dispositivos constantes na Lei da Mediação e no Código de Processo Civil resta claro que a Administração Pública está incluída como destinatária dos métodos consensuais de resolução de conflitos. Assim, se antes havia discussão acerca do cabimento (ou não) da mediação em questões envolvendo os Poderes Públicos, atualmente não existe mais controvérsia sobre o tema.

Entretanto, existem alguns desafios a serem enfrentados pela Administração Pública como partícipe da mediação. Um deles são os princípios e regras que regem o Poder Público. Como sabido, somente os direitos de cunho patrimonial e disponível são suscetíveis de serem tutelados por meio de transação³⁹. Embora possuam natureza patrimonial, os bens da Administração Pública são indisponíveis e, portanto, gravados de inalienabilidade, por força do regime jurídico administrativo ao qual se inserem. A indisponibilidade dos interesses públicos se justifica pela tutela de interesses qualificados como próprios da coletividade, pertencentes a todos e a cada um dos cidadãos. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que incumbe apenas o dever de zelar por eles, na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*⁴⁰.

35. Art. 38 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.

36. Art. 43 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.

37. Art. 32 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.

38. Art. 40 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.

39. Art. 841 do Código Civil: Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

40. MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 63.

Nesse sentido, é importante alertar que não se pode “confundir indisponibilidade com intransigibilidade, pois esta somente se afigura nas situações em que a lei expressamente veda a transação”⁴¹ (2016, p. 212). Além disso, nem todo interesse público é um direito indisponível. Isso porque os direitos indisponíveis também admitem transação, exigindo-se, nesse caso, a homologação judicial, com a prévia oitiva do Ministério Público (art. 3º, § 2º, da Lei 13.140/2015). Assim, a consensualidade administrativa é perfeitamente passível de ser efetivada, pela celebração de acordos que não colidam com o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Insta ressaltar ainda que os princípios fundantes da Administração Pública devem ser interpretados com certa flexibilidade, tendo em vista a pacificação social. Não obstante, tal indisponibilidade deve ser relativizada, como ensina Adilson Dallari, *in verbis*:

“Fundados em um antigo preconceito no sentido da necessária oposição entre o interesse público e o particular, entendem alguns que a Administração Pública em juízo não pode transigir, não pode desistir e está obrigada a prosseguir em qualquer feito, indefinidamente enquanto houver algum recurso abstratamente possível. Mas os tempos são outros. Atualmente, com base no princípio participativo, afirmado pela Constituição Federal, já se desenvolvem várias ações calcadas na colaboração, no entendimento e na soma de esforços de agentes privados e governamentais. A atividade legislativa já se desenvolve hoje em dia com ampla participação popular. Nos serviços prestados pela Administração Pública, isso é ainda mais nítido e freqüente. Diante disso, não pode o Judiciário, nas ações judiciais, simplesmente vedar e proscrever qualquer entendimento, qualquer negociação, que leve à satisfação do interesse público.”⁴²

Indubitavelmente, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público vêm sofrendo releitura ao longo do tempo, em especial pela adoção do princípio da supremacia da Constituição e da observância dos direitos fundamentais (tanto nas relações públicas quanto nas privadas), como destaca Gustavo Binenbojm:

“O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta dos

41. SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (Coords.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 194.

42. DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular. In: *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 13, p. 15, jan.-mar. 2002.

interesses coletivos sobre os interesses individuais ou dos interesses públicos sobre os interesses privados. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais (e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade), impõe à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.”⁴³

Neste sentido, inclusive, foi o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal quando decidiu acerca da matéria, tendo esposado que:

“[...] o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimização deste interesse.”⁴⁴

Dessa forma, diferentemente de ferir direitos indisponíveis e contrariar o interesse público, a utilização da mediação para evitar o ajuizamento de demandas judiciais seria uma forma de tutelar os interesses sociais de modo mais célere e eficiente. Do teor do art. 37 da Constituição Federal, verifica-se que o princípio da eficiência é outro mandamento que deve ser observado pela totalidade das esferas da Administração Pública. Nesse sentido:

“a eficiência é uma relação técnica e representa a relação entre os recursos aplicados e o produto final obtido: é a razão entre o esforço e o resultado, entre a despesa e a receita, entre o custo e o benefício resultante. A eficiência se preocupa em fazer corretamente as ações e/ou atividades a que se propõe, e da melhor maneira possível.”⁴⁵

Ainda sobre o tema, Adilson Dallari sustenta que:

“[...] ao optar pela solução amigável, a Administração Pública não está necessariamente transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumento de

43. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 31.

44. STF, 1ª T., RE 253.885/MG, rel. Min. Ellen Gracie, j. 04.06.2002. Disponível em [https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774188/recurso-extraordinario-re-253885-mg]. Acesso em: 16.02.2020.

45. MATIAS PEREIRA, José. *Curso de administração pública: foco nas instituições e ações governamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 76.

defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita ou meio mais hábil para a defesa do interesse público.”⁴⁶

Adotando linha de raciocínio semelhante, Luciana Moessa de Souza assinala que a não utilização do caminho consensual pela Administração Pública contraria o princípio constitucional da eficiência, tendo em vista que os conflitos devem ser resolvidos levando-se em consideração a melhor relação entre custos e benefícios, ou seja, “menores custos, menos tempo, menos desgaste para a relação entre as partes e melhores resultados para ambas”⁴⁷.

Outro percalço é o princípio da publicidade que incide na esfera pública e que pode se chocar com o princípio da confidencialidade da mediação. Neste aspecto, Luciene Souza aponta a possível solução: “quando se pensa em resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público, a publicidade é a regra; a confidencialidade é a exceção e precisa ser juridicamente justificada.”⁴⁸

Ainda, sobre as barreiras a serem sobrepostas para que o Poder Público possa ser ator participante da mediação, cumpre observar que existe uma cultura de litigiosidade impregnada na sociedade brasileira. Em excelente trabalho, Kazuo Watanabe aponta as causas que acredita ter ensejado o que denomina de “cultura de sentença”. Entre os muitos fatores apontados, um deles seria a formação acadêmica dos operadores do direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução dos conflitos por meio de processo judicial, em que é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo representado do Estado. Segundo o doutrinador, o modelo ensinado nas faculdades de Direito pelo país é àquele em que “se privilegia é a solução ‘certo ou errado’, ‘preto no branco’, sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes à especificidade de cada caso”⁴⁹. Frisa, ainda, que poucas universidades possuem em suas grades curriculares disciplina obrigatória voltada à solução não contenciosa dos conflitos.

46. DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular. In: *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 13, p. 16, jan.-mar. 2002.

47. SOUZA, Luciana Moessa de. A mediação de conflitos e a Administração Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). *O marco legal da mediação no Brasil – Comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 212-222.

48. SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (Coords.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 215.

49. WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: Yarshell, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2009. p. 689.

Sobre os desafios para a implantação da cultura de composição na Administração Pública diante da cultura de beligerância impregnada nos operadores do direito Leal explana:

“Estas experiências novas, a despeito de pouco experimentadas, além de sofrer resistência da cultura belicosa com a qual é formada, por exemplo, o bacharel de direito (uma vez que estamos falando do Judiciário), muito mais preparado para o conflito do que à sua composição, precisam ser tratadas com a devida cautela e sopesamento, principalmente filosófico, eis que de nada adianta utilizarmos novos institutos e fórmulas de gestão social com velhas concepções de Poder, Estado e Sociedade, todas militarizadas por práticas autoritárias e concentradoras.”⁵⁰

Além disso, para que a mediação seja efetivamente implementada existe, ainda, um empecilho cultural e político que envolve o Poder Judiciário brasileiro a ser suplantado. Isso porque o mero permissivo legal não é suficiente para efetivar a mediação nos conflitos envolvendo a Fazenda Pública. Sobre o tema, sustenta José Roberto Amorim:

“Por mais íntegra, verdadeira, ou construtiva que seja a norma constitucional instigadora da harmonia social e da solução pacífica de controvérsias, se não houver a adequada administração de tribunais e órgãos públicos para sua realização essa norma passa a ser texto morto ou mero indicativo de hipocrisias legislativas. Isto porque, por melhor que seja a norma, um mau aplicador (ou gestor) sempre pode extinguir sua eficácia e com isso seu potencial de transformação social – em especial quando se trata de conciliação, mediação e outras formas autocompositivas de resolução de disputas.”⁵¹

Ademais, outro óbice a ser ultrapassado será na criação das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos. Se, por um lado, a Lei de Mediação, no art. 32, estabelece mera possibilidade de criação das respectivas câmaras, noutro, o novo Código de Processo Civil, no art. 174, traz um comando imperativo ao determinar que os entes públicos “criarão” os referidos órgãos para prevenção e solução administrativa de controvérsias. Desse modo, os entes públicos deverão legislar sobre a matéria, de modo a estabelecer o regulamento de implantação das câmaras, definindo sua composição e seu funcionamento. Será necessário, também, estabelecer as

50. LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 49.

51. AMORIM, José Roberto Neves. *Uma nova Justiça criada pela conciliação e a mediação*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-set-12/neves-amorim-justica-criada-conciliacao-mediacao]. Acesso em: 10.02.2018.

matérias que poderão ser mediadas, especialmente para sustentar e amparar o trabalho que será desenvolvido pela Advocacia Pública, na qual serão vinculadas, em princípio, as referidas câmaras.

Por óbvio, a implementação das câmaras trará, não apenas uma melhoria da atuação administrativa, mas também uma otimização no desempenho da prestação jurisdicional. Lamenta-se apenas que as disposições dos incisos II e III do *caput* do artigo 32 não se apliquem às controvérsias envolvendo tributos administrativos da Receita Federal e aos créditos inscritos em dívida ativa da União (artigo 38, inciso I). Isso porque transações em torno dos executivos fiscais contribuiriam, significativamente, para desafogar as Justiças Federal e Estadual, juízos nos quais muitos processos pairam sem solução.

Outro empecilho seria o de prover a formação adequada para os profissionais que atuarão no âmbito das Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos. Indubitavelmente, a formação é a peça fundamental dos meios consensuais. Segue nessa linha, inclusive, o artigo 6º do Provimento 67/2018 do CNJ⁵², que apresenta necessidade de formação e constante aperfeiçoamento.

4. CONCLUSÃO

Há uma tendência contemporânea de incentivo dos meios consensuais de solução de litígios, tanto na esfera judicial, como, e sobretudo, no âmbito pré-processual. Tal prática reforça o interesse do Estado na busca por mecanismos mais céleres, econômicos e efetivos de pacificação social e, por consequência, o desafogamento do Poder Judiciário.

A mediação é indicada para casos em que os envolvidos já possuam uma relação prévia e/ou mais intensa e prolongada, de modo que o mediador, mediante o uso do diálogo, trabalhará para reaproximá-las. Tal método autocompositivo, portanto, não se exaure e nem possui como foco a celebração de um acordo entre as partes. Os benefícios trazidos pela utilização da mediação são muitos, em especial, a restauração dos laços e diálogo entre os mediandos, o que os torna autossuficientes para solucionar futuros conflitos que porventura venham a surgir.

A previsão legal da utilização da mediação e da conciliação é bastante antiga. Não obstante, o marco legal da mediação e o novo Código de Processo Civil trouxeram importantes avanços rumo a uma mudança paradigmática na forma de tratamento dos conflitos.

52. CNJ. Provimento. 67, de 26 de março de 2018. Disponível em: [www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/provimento/provimento_67_26032018_03042018081709.pdf]. Acesso em: 03.02.2020.

A Lei de Mediação pôs fim às discussões acerca do cabimento da mediação no âmbito do Direito Administrativo, tendo em vista que dedica um capítulo à autocomposição de controvérsias que tenha como participante o Poder Público. O ponto de destaque do mencionado diploma legislativo consiste na possibilidade de câmaras avaliarem a admissibilidade de composição consensual dos conflitos envolvendo particulares e pessoas jurídicas de direito público. Se bem utilizada, essa ferramenta permitirá que as matérias já pacificadas pelos tribunais e as demandas repetitivas sejam sanadas consensualmente, diminuindo a canalização de processos para o Judiciário.

Indubitavelmente, é de suma importância solucionar o problema do abarrotamento de lides envolvendo a Administração Pública, tendo em vista que a referida Administração responsável por grande parte das demandas judiciais em curso. Além disso, a utilização desse mecanismo possibilita aos envolvidos e às organizações envolvidas o empoderamento e a autonomia, além do aprendizado com cada conflito. Contudo, existem diversos desafios a serem enfrentados para efetivar a mediação como um meio de solução de controvérsias envolvendo o ente público. A harmonização dos princípios e das regras que regem o Poder Público com os da mediação, a “cultura de sentença” arraigada nos operadores do direito, a criação das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos e a providência de formação adequada para os profissionais que atuarão no âmbito das câmaras são alguns dos percalços a serem suplantados apontados no presente trabalho.

Não obstante, o Poder Público pode e deve mediar, devendo a utilização de tal mecanismo ser estimulada, diante dos seus diversos benefícios. Assim, com o empenho dos setores públicos e da sociedade em geral, é fundamental que uma cultura da pacificação social seja disseminada, tendo em vista a melhoria do desempenho da atuação administrativa e da otimização da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, José Roberto Neves. *Uma nova Justiça criada pela conciliação e a mediação*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-set-12/neves-amorim-justica-criada-conciliacao-mediacao]. Acesso em: 10.02.2018.
- APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 1. ed. (2005), 5. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRAGA, Ana Livia Figueiredo; ALECRIM, Kennedy Gomes de. A Mediação. In: BOM-FIM, Ana Paulo Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de. *MESCS – Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm]. Acesso em: 16.03.2020.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm]. Acesso em: 09.03.2020.
- BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm]. Acesso em: 09.03.2020.
- BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a *mediação* entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13140.htm]. Acesso em: 09.03.2020.
- BREITMAN, Stella; PORTO, Alice C. *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CNJ. Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: [www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579]. Acesso em: 02.02.2020.
- CNJ. Dados divulgados pelo *Justiça em Números*, ano-base 2018, publicado em 2019. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf]. Acesso em 02.02.2020.
- CNJ. Provimento 67, de 26 de março de 2018. Dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil. Disponível em: [www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/provimento/provimento_67_26032018_03042018081709.pdf]. Acesso em: 03.02.2020.
- CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. In: *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, jan.-mar. 2018. Disponível em: [www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=250845]. Acesso em: 30.02.2020.
- DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular. In: *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 13, p. 15-16, jan.-mar. 2002.
- DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Mediação e solução de conflitos: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2008.

- LAVOR, Johnson Presley Holanda. *Métodos alternativos de solução de conflitos: conciliação e mediação* – Lei n. 13.140/2015. Fortaleza: Unifor, 2015. Disponível em: [www.unifor.br/biblioteca]. Acesso em: 10.02.2018.
- LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no Estado Constitucional*. São Paulo. Atlas. 2013.
- MATIAS PEREIRA, José. *Curso de administração pública: foco nas instituições e ações governamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- NUNES, Antonio Carlos Ozório. *Manual de mediação: guia prático para conciliadores*. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- OLIVEIRA, Marcello; Pontes, Mariana Veras Lopes; PELAJO, Samantha. Regulação da Mediação: Fundamentos Jurídicos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coords.). *Mediação de Conflitos – Para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- SALES, Lília Maia de Moraes. Ouvidoria e mediação: instrumentos de acesso à cidadania. In: *Revista Pensar*. Disponível em: [http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/787/1647]. Acesso em: 19.07.2018.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (Coords.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- SOUZA, Luciane Moessa de. A mediação de conflitos e a Administração Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). *O marco legal da mediação no Brasil – Comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016.
- TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In: FREIRE, Alexandre; MEDINA, José Miguel Garcia; DIDIER JR., Freddie; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Orgs.). *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.
- VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? *Revista de Processo*, São Paulo, 251/391-426, 2016.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: Yarshell, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Administração Pública, resolução extrajudicial de conflitos e compromisso de ajustamento de conduta, de Wallace Paiva Martins Junior – *RDAI* 8/87-126 (DTR\2019\23954);
- A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público: o que mudou depois da Lei de Mediação?, de Kaline Ferreira – *RT* 982/323-333 (DTR\2017\2989);
- A autocomposição entre entes públicos na Lei de Mediação: uma visão sobre a constitucionalidade e seus reflexos sobre a responsabilidade fiscal, de Carlos Angelo Cibin Laurenti e Verônica Rodrigues de Miranda – *RT* 979/105-125 (DTR\2017\1048); e
- A confidencialidade prevista na Lei de Mediação e os processos de autocomposição envolvendo entes públicos, de Kaline Ferreira – *RePro* 305/451-460 (DTR\2020\7919).

DESAFIOS DA MEDIAÇÃO DIANTE DA TUTELA JURISDICIONAL

CHALLENGES OF MEDIATION VIS A VIS ACCESS TO JUSTICE

ANDREZA CRISTINA BAGGIO

Doutora, Orientadora Professora da UNINTER. Professora no Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER. Professora de Direito Processual Civil no Centro Universitário UNINTER. Professora de Direito do Consumidor e Direito Processual Civil e Chefe do Departamento de Prática Jurídica e Supervisora do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito da UNICURITIBA. Advogada. baggio.andreza@gmail.com

JEFFERSON HOLLIVER MOTTA

Pesquisador. Advogado. Mestre em Direito – área: Poder, Estado e Jurisdição. Linha: "Jurisdição e Processo na Contemporaneidade" (PPGD-UNINTER); Especialização em Prática da Advocacia/FESP-PR. Direito (UNICURITIBA) e Nutrição (UFMT). Membro do Grupo de Pesquisa: Concepções acerca da saúde no direito: estudo de revisão sistemática (UNICURITIBA). e-mail: jhmotta@gmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMO: Este trabalho se refere aos estudos e às pesquisas sobre os métodos de resolução de conflito, suas principais características, seus conceitos e sua aplicabilidade no Direito brasileiro. Seu objetivo é refletir acerca dos desafios oriundos da Mediação *on-line* diante das estruturas do Poder Judiciário e se esta contribui para o nascimento de uma nova forma de pensar a ideal de justiça. Com este intuito, adota-se o método crítico-reflexivo e, para conduzir o processo metodológico, utilizar-se-á de revisão bibliográfica relacionada ao objeto escolhido. O trabalho está dividido em tópicos que abordam os aspectos da cultura da mediação, diretrizes das formas *on-line* de solução de conflitos e algumas estratégias utilizadas, assim como o posicionamento de alguns tribunais. Por fim, conclui-se que é desafio do Poder Judiciário superar a clássica entrega da prestação jurisdicional pela

ABSTRACT: This paper refers to studies and researches on dispute resolution methods, their main characteristics, concepts, and applicability under Brazilian law. Its goal is to discuss the challenges arising from online mediation in the structures of the judiciary system and whether this contributes to a new way of thinking about the ideal of justice. For this purpose, the critical-reflective method is adopted and to conduct the methodological process, a bibliographic review related to the chosen object will be employed. The article is divided into topics that address aspects of the culture of mediation, guidelines to online forms of dispute resolution and some strategies used, as well as the position of some state courts. Finally, it is concluded that it is a challenge to the Judiciary system to overcome the classic form of access to justice through litigation.

maneira heterocompositiva em virtude de seus limites alcançados, bem como auscultar da melhor forma possível a sociedade, e não empreender esforços em políticas de controle e limitação das novas tecnologias, mas, sim, na consagração dos métodos adequados de solução de conflitos, sem que estes se transformem em barreiras de acesso ao Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais – Mediação – Poder Judiciário – Marco legal – Políticas públicas em resolução de disputas.

KEYWORDS: Fundamental rights – Mediation – Judiciary – Legal framework – Public policies of dispute resolution.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Cultura de mediação no Brasil. 2. Principais desafios da mediação judicial na atualidade. 3. Sistema de métodos de solução de conflitos. 3.1. Plataforma de mediação digital do CNJ. 3.2. Plataforma consumidor.gov.br. 3.3. Câmaras privadas de mediação no Brasil. 4. Resoluções de Tribunais de Justiça. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O¹ aparato legal, cada vez mais, mostra-se inclinado a buscar a solução de litígios de maneiras práticas ou indicar o caminho a seguir em cada situação, seja de forma judicial ou extrajudicial, respeitando as nuances que cada caso carrega consigo, assim como a reestruturação do modelo de acesso à justiça e as políticas públicas que impulsionam esta revolução gradativa são temas que englobam os conceitos e os métodos de Mediação².

Os desafios presentes no dia a dia das instituições judiciais e o aumento constante pela busca do dizer do Juiz geram como consequência o afogamento do Poder Judiciário por processos que chegam a demorar décadas e se transformam em um desperdício ímpar de dinheiro público e, inclusive, de dinheiro privado, visto que as estratégias conhecidas como meios adequados ou meios pluriprocessuais de solução de conflitos, formas que podem ou não ser impostas pelo Poder Judiciário, para fim de reduzir as demandas apresentadas judicialmente.

E é neste sentido que o presente artigo tem como objetivo refletir acerca dos desafios oriundos da mediação *on-line* diante das estruturas do Poder Judiciário e se

1. Artigo referente à disciplina tutela jurisdicional dos direitos do consumidor, 2019.
2. O uso do termo mediação será compreendido como o conjunto de métodos que tem o objetivo de transformar os conflitos, como os métodos mais tradicionais: conciliação, arbitragem, mediação e negociação.

esta contribui para o nascimento de uma nova forma de pensar a ideal de justiça. Com este intuito, adota-se o método crítico-reflexivo e, para conduzir o processo metodológico, utilizar-se-á de revisão bibliográfica relacionada ao objeto escolhido.

O trabalho segue dividido em quatro tópicos. Inicialmente discute-se a importância do incentivo à cultura da mediação no Brasil, especialmente considerando os dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, código este com forte influência neoconstitucionalista. Nos tópicos seguintes, apresenta-se uma reflexão importante sobre os desafios para a implementação de uma cultura de mediação no Brasil, país em que a litigiosidade crescente abarrotava o Poder Judiciário com questões que poderiam facilmente receber uma solução consensual.

Na sequência do texto apresentam-se debates acerca das formas on-line de solução e conflitos, inclusive com exemplos importantes de ferramentas jurisdicionais, e mesmo de ferramentas de cunho extrajudicial, como é o caso da plataforma consumidor.gov.

Busca-se, portanto, neste artigo, apresentar alternativas de acesso à justiça, partindo-se, para tanto, do pressuposto de que acesso à justiça não é -e nem poderia ser- sinônimo de acesso ao Poder Judiciário. É esta mudança de paradigma que propõe neste texto.

1. CULTURA DE MEDIAÇÃO NO BRASIL

É possível atribuir existência de movimentos tanto do Legislativo quanto da sociedade civil voltados a questões relativas às formas alternativas de solução de conflitos conjuntamente a um acesso a uma ordem jurídica justa, privilegiando práticas que abordavam aspectos da mediação e conciliação, como nas referências encontradas no Código de Processo Civil de 1973, que previa a possibilidade de o juiz se valer de tentativas de conciliação durante o curso do processo.

Movimento que se fortalece em seguida, pelo viés Constitucional adotado, que garante instrumentos de defesa coletiva e um acesso à justiça voltado para as classes economicamente menos favorecidas, e apresenta indícios da necessidade de se inverter a ótica dada aos problemas jurídicos, propondo um novo método de pensamento³.

Destaca-se que no Brasil a adoção de métodos autocompositivos, mais voltados para teorias da Mediação, na transformação dos conflitos, tem grande influência das experiências estrangeiras, com a internalização de modelos utilizados em outros ordenamentos, a exemplo do tribunal de múltiplas portas. Assim, os principais

3. CAPPELLETTI, Mauro. O Acesso à Justiça como Programa de Reformas e Método de Pensamento. *Revista Forense*, v. 395; ano 104, p. 210, jan.-fev. 2008.

métodos para a solução de conflitos observados são a arbitragem, a mediação e a conciliação, com a finalidade de romper a centralização do foro judicial como única órbita disponível para discussão de questões jurídicas⁴.

Com vistas a atender os aspectos observados das experiências internacionais, os atores políticos no País iniciaram a implementação de alguns procedimentos tendo por objetivo privilegiar a autocomposição, como o surgimento dos juizados especiais de pequenas causas. Posteriormente, por força da Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, no inciso LXXVII, determinou-se como direito e garantia fundamental, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Também por meio da citada Emenda nasce o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que passa a ter como objetivos a gestão do Poder Judiciário, com vistas a aperfeiçoar a efetividade da Justiça brasileira (CNJ, 2019).

E cumprindo com as suas atribuições, o CNJ implementou os Núcleos Permanentes de Métodos Adequados de Solução de Conflitos dos Tribunais – NUPEMEC's, que objetivavam a capacitação e a disseminação do manejo de mecanismos alternativos e adequados de solução das demandas. Posteriormente os NUPEMEC's foram aperfeiçoados com o advento da Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos, proposta pelo CNJ, pela Resolução 125/2010, considerada como ponto de inflexão na mudança de pensamento a respeito dos métodos alternativos ou adequados de solução de conflitos.

Importante alteração legislativa, porém, deve ser mencionada como paradigma a respeito das formas alternativas de solução de conflitos – o Código de Processo Civil de 2015. Referido diploma legal dá ênfase aos meios alternativos de solução de controvérsias, em especial, a mediação, reforçando a aplicação dos métodos de autocomposição, tais como a mediação e a conciliação, que poderão realizar-se antes da propositura da demanda, ou mesmo no curso do processo. Tal ênfase pode ser observada no artigo 3º do CPC e parágrafos:

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

[...]

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

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

As estratégias de composição acima mencionadas que devem ser aplicadas de acordo aos princípios trazidos no artigo 166 do CPC de 2015:

4. MUNIZ, Tania L.; MOURA, Isabel C. O modelo de tribunal multiportas americanos e o sistema brasileiro de solução de conflitos. *Rev. Fac. Direito da UFRS*, n. 39, p. 291, v. esp. 2018.

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

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

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.”

Assim como os regulamentos trazidos pela Lei da Mediação 13.140/2015; que reformula o paradigma adjudicatório, pelo qual a composição dos conflitos se dava exclusivamente por um terceiro imparcial, procura ampliar as oportunidades de pacificação, de forma a afastar, sempre que possível e viável, a palavra final do juiz e dar às partes possibilidades de cooperação para que estabeleçam um acordo⁵.

As transformações pleiteadas procuram diminuir o formalismo desnecessário de forma a promover economia processual e a simplificação dos procedimentos de defesa. Estabelece o dever do Estado, dos magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público buscar sempre o incentivo as técnicas de autocomposição como meio preferencial para transformação dos conflitos. Aliás, prevê o CPC que, para o aforamento de uma demanda, deverá a petição inicial obrigatoriamente a opção do autor pela realização ou não de audiência de mediação⁶.

Observa-se que os métodos consensuais de resolução passam a integrar os instrumentos do Judiciário para o exercício de suas atribuições e se apresentam como objetivo primordial para soluções mais céleres e adequadas, contando com a participação de ambas as partes, preservando as relações e proporcionando uma justiça coexistencial⁷.

-
5. GONÇALVES. Meios Alternativos de Solução de Controvérsias. *Revista de Processo*, São Paulo, 2015. passim.
 6. AZEREDO, Caroline Machado de Oliveira; MOURA, Cíntia da Silva. Mediação no Novo CPC: avanços e desafios. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 51, p. 470, out.-dez. 2016.
 7. WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DJP, 2005. passim.

2. PRINCIPAIS DESAFIOS DA MEDIAÇÃO JUDICIAL NA ATUALIDADE

Os desafios que se destacam na presença da mediação judicial têm suas origens na maioria das vezes na própria capacidade e necessidade do Estado de revisitar ou reconstruir diretrizes-base, com o fim de adequá-los à nova realidade de uma sociedade que está em constante mudança. Em meio aos avanços das comunicações, aos aspectos da globalização, há novas formas de relações virtuais que propagam inúmeras maneiras de realizar novos negócios, em específico, os celebrados pelas redes de computadores, o que reduz custos e aperfeiçoa o tempo dos indivíduos e facilita aos mesmos exprimir sua vontade.

No que concerne à mediação, deve o Estado facilitar a comunicação entre as partes e proporcionar à população dados e conhecimento suficientes a fim de que visualizem o melhor caminho para a solução consensual de uma situação controversa, oportunizando às partes focar a atenção para os verdadeiros interesses envolvidos, ao invés de se defenderem a qualquer custo independente dos fatos apresentados⁸.

Na mediação, todos os elementos devem ser considerados, haja vista que um conflito possui um escopo muito mais amplo do que simplesmente as questões juridicamente tuteladas. Trata-se bem mais de uma lide sociológica, ou seja, cabe aos facilitadores dos métodos adequados de transformação de conflitos filtrar quais os verdadeiros interesses em questão para além dos apresentados na petição inicial, pois muitos destes fatores psicológicos envolvidos, considerados secundários em uma lide jurídica, estão, em verdade, dando origem ao conflito e, por isso, devem ser levados em conta na solução do problema⁹.

Dessa forma, pode se considerar que os próprios princípios que norteiam a mediação, apresentados no art. 2º da Lei 13.140/2015, passam a ser vistos como desafios no processo e popularização da mediação, como a imparcialidade do mediador, o qual não deve tomar partido de qualquer das partes e nem apresentar algum viés ou julgamento, ou seja, deve transmitir ao indivíduo vulnerável e hipossuficiente que todo o processo é conduzido de maneira ética e com boa-fé, assim como deve transmitir a sensação de que as partes gozam da isonomia entre elas, demonstrando aos partícipes que ambos não têm vantagem alguma uns sobre os outros. Outro aspecto que se deve ponderar é o próprio princípio da boa-fé, que é inerente às relações negociais, mas que as partes devem compreender que é dever destes também agir com veracidade, integridade, honradez e lealdade¹⁰.

8. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008. p. 208.

9. AZEVEDO, A. G.; *Manual de Mediação Judicial*. 6. ed. 2016. passim.

10. KAMEL, Antoine Youssef. *Mediação e Arbitragem*. Curitiba: Inter Saberes, 2017, pdf. p. 72-73.

Reforçado pelo entendimento dado pelo CPC de 2015 em seu art. 6º quando determina os princípios da cooperação e da colaboração como regra, diz, “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, ou seja, essa perspectiva extrapola os aspectos de uma lide judicial e é dever de todos aplicá-los a todo e qualquer movimento que busque a transformação ou pacificação dos conflitos.

Todo esse processo de superação de desafios passa, além de pela responsabilização das partes, também pelo respeito ao que cada indivíduo entende por justiça, bem como pelo fortalecimento dos direitos instrumentais básicos da população, como o direito à informação, à educação e à um Judiciário estruturado e organizado, instituições mais próximas da realidade social.

Diante deste movimento, o que se observa em conjunto à busca de superar este desafio, é evitar que os métodos adequados de solução recebam um carimbo de justiça de segunda classe ou de alternativa ao Judiciário, o que aumenta a importância da informação aos jurisdicionados, quanto ao que venham a ser os métodos adequados de solução, explanando de forma clara que o que se busca é encaminhar os conflitos aos métodos que mais se enquadrem nas características apresentadas por cada controvérsia.

Depreende-se deste contexto que a responsabilidade pelo atual modelo não é exclusiva do Poder Judiciário, é sim distribuída entre os atores políticos como os do Congresso e os do Poder Executivo, bem como entre as entidades representativas das empresas e dos trabalhadores, dos profissionais jurídicos, das universidades, das associações da sociedade civil e, sobretudo, dos usuários da Justiça. De fato, a reforma da administração da Justiça não é questão exclusivamente interna ao Poder Judiciário. Mas refere-se ao conjunto dos interesses e das relações sociais políticas, econômicas e culturais que, a partir daí, se formam, se entrelaçam, se legalizam e se institucionalizam¹¹.

Outro desafio que surge é o relacionado à massificação do uso de meios eletrônicos de comunicação e de transferência de dados, que gera uma crescente diversificação nas formas de realizar contratos, como o comércio eletrônico. Brevemente, as fronteiras entre comércio convencional e eletrônico tenderão a não mais existirem, visto que, cada vez mais, inúmeros negócios transportam suas operações, parcial ou integralmente, para o meio digital.

E é na reinvenção desses entrelaçar que, segundo Joaquim de Arruda Falcão, se escondem os novos e mais amplos limites e possibilidades do sistema judicial na

11. FALCÃO, J. A. Acesso à justiça: diagnóstico e tratamento. In: Associação dos Magistrados Brasileiros. *Justiça: promessa e realidade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996. *passim*.

democracia. Se o foco da mudança for apenas aperfeiçoar, consertar, reformar ou mesmo revolucionar o Poder Judiciário, este será sempre insuficiente. Vislumbra-se a necessidade de se alterar a natureza e a forma das relações com a sociedade, os profissionais jurídicos e os demais Poderes da República¹².

Torna-se oportuno, então, destacar que o desenvolvimento para o futuro passa por discussões relacionadas ao novo paradigma tecnológico que estão sendo ou já foram realizados¹³. Não é de surpreender que também, nas soluções adequadas de conflitos, estes comecem a ser empregadas como facilitadoras, sem as formalidades e as exigências presentes no processo jurisdicional. Vê-se claramente a forte tendência de uso dos meios tecnológicos como ferramenta de pacificação social, indicando o caminho aberto para a aplicação de alternativas ao ingresso em juízo que se oferece aos litigantes¹⁴.

Na busca de caminhos mais céleres e alternativos, se inicia a discussão do ODR, como instrumento para aprimorar as formas de resolução de conflitos virtuais e dar maior imparcialidade ao método, bem como apresentar maiores possibilidades de responder às necessidades dos usuários da rede. Configura-se como uma forma de solução de conflitos que ocorre total ou parcialmente no ciberespaço¹⁵, ou seja, ao invés das partes se encontrarem em um lugar físico para dirimir um conflito, elas podem se utilizar de tecnologia, a exemplo de salas virtuais¹⁶.

Essa constante revolução tecnológica que atinge todos os setores da sociedade, coloca-se como um grande novo desafio ao Poder Judiciário na efetiva oferta de meios de conciliação. Embora muitas destas estratégias aconteçam fora do âmbito judicial, não se pode desconsiderar que a nova configuração da sociedade em rede traz consequências para todos os setores.

Neste ponto, um dos desafios do Poder Judiciário é a busca por estratégias que conciliem os novos métodos, contribuindo para sua popularização, visto que a efetividade deste sistema de mediação, público ou privado, necessita do aval popular, da

12. Idem. passim.

13. WERTHEIN, J. Sociedade da informação e seus desafios. *Ci. Inf.*, v. 29, n. 2, maio-ago. 2000. passim.

14. ANDRADE, H. S. Novos Meios Alternativos ao Judiciário para a Solução de Conflito, apoiados pelas tecnologias da Informação e Comunicação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 268, p. 589, 2017.

15. Consiste em um espaço aberto de comunicação, pela interconexão mundial dos computadores e de todos os meios eletrônicos de comunicação, como as redes telefônicas clássicas na medida em que transmitem informações digitais.

16. LIMA, G. V.; FEITOSA, G. R. P. *Online dispute resolution* (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 54, 2016.

certeza e da garantia que os usuários terão como partícipes da via extrajudicial na resolução dos litígios, de forma que cabe ao Poder Judiciário se posicionar a fim de orientar e prevenir o cidadão, e não apenas se colocar como órgão julgador.

3. SISTEMA DE MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Esse novo esboço de sociedade de alta velocidade comunicativa não ficou distante por muito tempo do Poder Judiciário. Os movimentos para que os desafios à mediação fossem superados estavam sempre em constante evolução. Destarte, surgiram algumas iniciativas dentro do Poder estatal com vistas a superar os entraves do fluxo judicial e se adequar à nova realidade, como iniciativas do consumidor.gov.br, das câmaras privadas de mediação, da plataforma justiça digital, entre outras.

Contudo, outro desafio que se apresenta é o de conciliar todas essas iniciativas com a proteção da privacidade e do tratamento de dados quando da oferta dos serviços, aos ditames da nova Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que terá validade a partir do ano de 2020¹⁷. Todos esses desafios devem ser enfrentados tanto pelo setor privado como pelo Poder Judiciário.

3.1. Plataforma de mediação digital do CNJ

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tornou-se órgão público precursor na iniciativa de criação de plataforma *on-line* de Mediação Digital no Brasil que, pela Emenda 2, de 2016, que atualizou a Resolução 125/2010 do CNJ, passou a prever a mediação de conflitos a distância como forma de tratamento adequado de controvérsias no âmbito do Poder Judiciário¹⁸, adequando-a às novas leis que preconizam as buscas pelas soluções consensuais do conflito, a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e o Código de Processo Civil de 2015.

O sistema é fruto do Termo de Cooperação Técnica 06/2017¹⁹ celebrado entre o CNJ, representado à época pela Ministra Carmen Lúcia, o Banco Central do Brasil e a Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN), com o fim de facilitar as soluções extrajudiciais e judiciais de conflitos com as instituições financeiras originadas das demandas judiciais dos consumidores, respeitando os fundamentos das resoluções do CNJ e da Política Nacional de tratamento adequado de conflitos. A missão do Banco Central é assegurar um sistema financeiro sólido e eficiente, bem como seu

17. BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), 2018.

18. Emenda 2, de 8 de março de 2016. Altera e acrescenta artigos aos Anexos I e II da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010.

19. BRASIL. CNJ. Termo de cooperação técnica 06/2017.

objetivo estratégico de promover a cidadania, assim como o respeito pelo código de autorregulação bancária da FEBRABAN²⁰.

Deverá o sistema permitir a aproximação virtual dos envolvidos, oferecer intervenções tempestivas e respostas breves, seguindo um fluxo preestabelecido que permita a realização de mediação de conflitos pré-processuais, seguindo os subsequentes passos: efetuar o cadastro no *site*; descrever o conflito; estar aberto e dialogar com a outra parte; analisar e avaliar a proposta; cooperar para a construção de um acordo; e, por fim, encaminhar pela plataforma a um juiz.

Em que pese a plataforma se encontrar suspensa para reformulações²¹, deve ser considerada como uma tentativa promissora, principalmente pelo fato de estimular outros órgãos a instituir formas digitais de solução de conflitos, visto que a mediação se tornou grande aliada na busca da concretização do acesso à justiça e efetividade da prestação jurisdicional. Ao analisarmos a ótica refletida pela era tecnológica e a transição do *off-line* ao *on-line*, verifica-se que o NCPC teve como intuito acompanhar as necessidades vislumbradas por esse momento histórico, uma vez que explicitamente preza pela celeridade processual²².

3.2. Plataforma consumidor.gov.br

Por iniciativa da SENACON – Secretaria Nacional do Consumidor, atendendo ao disposto no artigo 4º, inciso V, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), e artigo 7º, incisos I, II e III, do Decreto 7.963/2013, implementa a plataforma que foi institucionalizada pelo Decreto 8.573, de 19 de novembro de 2015, desenvolvendo a criação do portal consumidor.gov.br que objetiva continuar a intermediar os diálogos entre consumidores e fornecedores de forma mais prática e principalmente estimular e fomentar as vantagens das resoluções consensuais para as controvérsias consumeristas.

A plataforma, desde seu lançamento em 2014, já cadastrou o número de 1.091.643 (um milhão e noventa e um mil e seiscentas e quarenta e três) reclamações, oriundas dos 839.215 (oitocentos e trinta e nove mil e duzentos e quinze) usuários cadastrados e das 422 (quatrocentas e vinte e duas) empresas credenciadas voluntariamente. Desse total, a plataforma apresenta um Índice Médio de Solução de 80,8% com um prazo médio de resposta para as demandas de 6,3 dias; só no ano de 2017, foram

20. ANDRADE, Paula. CNJ apresenta nova plataforma de mediação digital com o sistema financeiro. *Agência CNJ de Notícias*. 22 de maio de 2018.

21. CNJ. *Mediação Digital*: justiça a um clique. Página inicial.

22. RODRIGUES, A. G.; LORENZI, B. C.; ROSA, F. L. *Mediação Digital – A sociedade moderna a um clique da justiça*. Congresso Int. Direito e Contemporaneidade, 2017. p. 6.

realizados 341.585 novos cadastros de usuários, gerando o número de 470.748 reclamações finalizadas, sendo o número de reclamações divididas em grupos, sendo as mais reclamadas as empresas de telecomunicações, seguidas dos bancos e financeiras, bancos de dados e cadastro de consumidores e do comércio eletrônico.

Esta plataforma utiliza um sistema nacional, chamado de SINDEC, que é alimentado por todos os PROCONS do país, que registra todas as reclamações do Brasil, ou seja, existe uma única plataforma que conglopera todas as reclamações, o que facilita a análise do perfil das empresas, destacando-se as maiores infratoras e contribuindo para o estabelecimento de políticas públicas na defesa do consumidor.

Apresenta como característica fundamental a gratuidade. Estimulando seu uso diante da sociedade, se utiliza da internet para uma interlocução mais célere entre as partes e para garantir sua utilidade como alternativa de autocomposição de litígios consumeristas, que integram quase a metade de todos os processos que tramitam perante o sistema judiciário brasileiro²³, e não se confunde com os procedimentos administrativos instaurados de forma presencial pelos Órgãos de Defesa do Consumidor e, principalmente, sua utilização não prejudica o atendimento nos PROCONS e muito menos a possibilidade de buscar meios tradicionais adjudicatórios.

A plataforma em questão não pode ser tratada como barreira ao acesso à justiça, mas, sim, como um instrumento para encontrar caminhos para a falta de capilaridade dos PROCONS em um país continental, como é o Brasil. No país existem 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) municípios e só 900 (novecentos) PROCONS para atender as reclamações dos consumidores, e, portanto, a plataforma atende a necessidade também de aproximar o órgão do consumidor.

Um limite encontrado nesta plataforma é de que o fluxo de seu funcionamento depende exclusivamente da adesão espontânea das empresas, o que pode ser considerado um limite para sua atuação, visto que, se uma empresa não estiver cadastrada e for demandada por um consumidor, esta reclamação será encaminhada para o fluxo tradicional de atendimento.

Outro desafio e limite observado é a importância dada pelas empresas à plataforma. Por vezes, as estruturas empresariais já precificaram a ocorrência do conflito, os valores envolvidos em demandas judiciais já estão dentro do orçamento da empresa. Assim, a conscientização destas empresas em aderir à plataforma é ponto crucial.

23. CARVALHO, Rafaela Magalhães Nogueira; PORTO, Antônio José Maristrello; RAMALHO, Bruno Araújo. Papel institucional dos canais de reclamação para a resolução extrajudicial de conflitos sobre planos de saúde: uma análise comparada. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 373, 2018.

3.3. Câmaras privadas de mediação no Brasil

A Resolução 125/2010 do CNJ e a tentativa da construção da plataforma de mediação digital *on-line* do CNJ instigaram inúmeros atores do meio jurídico e privado a se debruçar neste novo campo, com vistas a angariar um nicho de mercado, mas, também, com o propósito de atender às demandas desses novos métodos, criaram-se inúmeras Câmaras Privadas de Mediação, responsáveis pela administração de mediações conduzidas pela via privada em contraposição à forma pública e gratuita.

Igualmente conhecidas como centros especializados ou núcleos que ofertam as técnicas de mediação, conciliação e arbitragem, por intermédio de empresas privadas, que ofertam os serviços mediante retribuição financeira, têm sua natureza jurídica, aspectos tributários, estrutura, procedimento de registro e normas internas regulados pela Resolução 125/2010 do CNJ:

“De acordo com o parágrafo único do artigo 12-C da *Resolução CNJ n. 125/2010*, incluído pela Emenda n. 02/2016, o cadastramento de câmaras privadas é facultativo para a realização de sessões de mediação ou conciliação pré-processuais. No entanto, feita a opção pelo cadastro, as câmaras privadas terão de seguir as regras fixadas na Resolução CNJ n. 125/2010, inclusive quanto à capacitação, bem como as disposições contidas no Código de Processo Civil (artigos 167, “caput” e § 4º, 169, § 2º e 175, parágrafo único). Dessa forma, para atuar como câmara privada cadastrada, seus integrantes devem ser mediadores cadastrados no respectivo tribunal, sendo necessária, portanto, a capacitação nos moldes da Resolução CNJ n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).”²⁴

É um local destinado à realização de procedimentos da mediação, responsável por fornecer a estrutura para a realização da mediação e por adotar providências em geral para o procedimento, como a manutenção do cadastro de mediadores, o estabelecimento da comunicação entre as partes, a proteção e o arquivamento de documentos sigilosos relativos ao procedimento de mediação, , desvinculada de qualquer órgão ou ente público, constituída na forma de uma pessoa jurídica de direito privado ou como um órgão interno ou externo de uma instituição privada já existente²⁵.

Os serviços ofertados podem se dar de maneira *on-line* ou presencial, de acordo com regulamento de cada câmara privada e de sua tabela de custos. É importante desatacar que sua força normativa ocorre exclusivamente do exercício da autonomia da vontade das partes.

24. CNJ. *Câmaras privadas*. 2020. Disponível em: [www.cnj.jus.br].

25. RESENDE, Livia Dornelas. *Câmara Privada de Mediação de Conflitos – Natureza, Estrutura, Normas e Finalidade Social*. Direito FGV, 2016. p. 6.

4. RESOLUÇÕES DE TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Em decorrência da admissão de cadastramento de Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação *on-line* no País, os Poderes Judiciários de cada Estado se viram obrigados a elaborar respectivos provimentos com o fim de disciplinar as regras de credenciamento e prestação de serviços de mesma natureza de seus órgãos em paralelo ou em conjunto.

Ao se analisar alguns exemplos destes provimentos, observam-se pontos peculiares entre eles, quanto ao entendimento e alcance destas plataformas: por exemplo, em 17 de setembro de 2015, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) publicou o Provimento 2.289/2015, que dispõe sobre a conciliação e mediação de conflitos a distância e a homologação judicial dos respectivos acordos e dispõe que:

“Artigo 1º É viável a homologação de composições celebradas em procedimentos de conciliações e mediações por vias eletrônicas, por entidades cadastradas perante o Tribunal de Justiça do Estado, observados os dispositivos deste provimento.

[...]

Artigo 7º O provedor do serviço deverá gravar o conteúdo da reclamação, tratativas e sua conclusão, para demonstração de que as partes manifestaram livremente suas posições, entenderam as propostas e entraram em acordo a seu respeito, exercendo livremente sua volição.

§1º A gravação será realizada através de plataforma de videoconferência realizada pela internet, totem, tablet, mensagens eletrônicas, gravação sonora ou qualquer outra mídia idônea de registro.

§2º Cabe à entidade que promover a atividade de conciliação e a mediação a manutenção da negociação em seus arquivos, bem como a disponibilização pública do registro e o fornecimento de cópia do material para as partes envolvidas na avença.

§3º Os registros da negociação deverão ser mantidos pelo prazo prescricional da obrigação principal pactuada.”²⁶

Apresentado exigências que vão desde a forma de se realizar os cadastros até pontos específicos de como devem ser realizados os procedimentos via internet e seguindo os passos do TJSP, o Tribunal de Justiça do Paraná – TJPR publicou em 23 de julho de 2019, a Resolução 01 – NUPMEC, para instituir o Cadastro Estadual de Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação no TJPR.

E, diferentemente da resolução do TJSP, a resolução do tribunal paranaense dispõe no § 2º de seu art. 3º a necessidade de adequação à Lei. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD):

26. TJSP. Provimento CMS 2289/2015.

“Art. 3º [...]”

§ 2º Para as Câmaras que funcionem pelo ambiente virtual, o requerimento deverá ser instruído com os Termos de Uso e a Política de Privacidade, conforme preceitua a Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados).²⁷

Na sequência, a norma estabelece disposições que devem ser respeitadas pelo provedor do serviço, bem como reforça o interesse de agir destas câmaras de acordo com a autonomia da vontade dos indivíduos:

“Art. 12. As partes, em comum acordo, poderão optar pela realização de mediação ou conciliação, em processo judicial, por meio de uma das Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação cadastradas, mediante manifestação nos autos, para fins, inclusive, de suspensão do processo, nos termos do inciso II do art. 313 do Código de Processo Civil – CPC, se for o caso.

§ 1º Para atuarem em mediação ou conciliação processual, todos os conciliadores e mediadores deverão estar inscritos no Cadastro Estadual de Mediadores e Conciliadores Judiciais, criado pelo TJPR, nos termos do art. 167 do CPC.

§ 2º Fica vedada a escolha de Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação quando houver divergência ou no silêncio das partes, o que não impede o juiz de direito diretor da causa de determinar a realização da sessão de mediação ou conciliação no próprio juízo e de acordo com a lei processual civil, nos termos do art. 168, § 2º, do CPC.”²⁸

Outro ponto que o TJPR inova com a resolução diz respeito à estipulação de prazo para o cadastro das câmaras privadas, bem como da necessidade de contraparte para com a sociedade, ficando o Poder Judiciário responsável por fiscalizar e avaliar a produtividade das empresas cadastradas:

“Art. 9º O cadastro da Câmara Privada de Conciliação e Mediação terá validade de 2 (dois) anos, sendo permitidas prorrogações, por igual período, mediante petição endereçada ao Presidente do NUPEMEC, protocolizada com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias do termo final do prazo de validade do cadastro, e instruída com o relatório de produtividade da Câmara Privada referente ao período anterior.

[...]

Art. 16. A Câmara Privada de Mediação e Conciliação cadastrada no TJPR deverá suportar 20% (vinte por cento) de sua capacidade de atendimento para a realização

27. TJPR. Resolução 01/2019 – NUPEMEC.

28. TJPR. Resolução 01/2019 – NUPEMEC.

de conciliações e mediações, sem cobrança de honorários, nos processos em que for deferida a gratuidade judiciária.

Parágrafo único. Para fins de verificação do percentual de que trata o 'caput' deste artigo, deverá constar do termo de sessão de conciliação e mediação a informação de que o atendimento foi realizado gratuitamente."²⁹

Por fim, estabelece que, se ocorrer infração ética ou ato de improbidade por parte dos conciliadores ou mediadores, a Câmara poderá ser excluída do cadastro, sem prejuízo de aplicação das sanções previstas nas searas civil e criminal.

Nesse mesmo viés, o Tribunal de Justiça do Maranhão resolve pela Portaria 82.017, de 04 de maio de 2017, em conjunto com a Resolução 432.017, de 22 de setembro de 2017, determinar orientações para os magistrados e servidores sobre funcionamento, vantagens e forma de uso das plataformas digitais de resolução de conflitos e demais providências:

"II. A acessibilidade, via *site* do TJMA, às plataformas públicas de conciliação/mediação digital, com esclarecimentos sobre o uso e apresentação de vídeos explicativos sobre as vantagens e modo de uso das mesmas, com indicativo de esclarecimentos complementares pelo Tele judiciário."³⁰

Tornando mais céleres os procedimentos judiciais quando provada tentativa de conciliação frustrada em ambiente virtual:

"VI. A dispensa da audiência de conciliação prévia, quando requerida pela parte que apresentar documentos da busca pelo entendimento por intermédio das plataformas digitais que não obtiveram êxito na resolução total ou parcial do conflito."³¹

Ocorre que essa evolução vai de encontro com o disposto art. 1º da Resolução 432.017:

"Art. 1º Recomendar, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Maranhão, que, nas ações judiciais em que for admissível a autocomposição, e que esta não tenha sido buscada na fase pré-processual, o juiz possibilite a busca da resolução do conflito por meio da plataforma pública digital.

Parágrafo único. Para a utilização da plataforma digital é indispensável o prévio cadastro no sistema da empresa demandada."³²

29. Idem, 2019.

30. TJMA. Portaria 82.017, de 04 de maio de 2017.

31. TJMA. Portaria n. 82.017, de 04 de maio de 2017.

32. TJMA. Resolução 432.017, de 22 de setembro de 2017.

Recomendação que pode ser entendida como criação de uma barreira de acesso e que contraria o entendimento da Ordem dos Advogados Nacional, que apresenta a Nota Técnica 1/2019/CEDC/CFOAB, repudiando essa e outras posturas que pretendem colocar como obrigação o uso da plataforma virtual, antes de se postular demanda judicial:

“a exigência de reclamação administrativa prévia ou uso dos SACs como requisito para o recebimento de ação judicial é incompatível com o sistema de proteção e defesa do consumidor e com o direito de acesso à Justiça do consumidor lesado, constitucionalmente assegurado. Segundo o CDC, a reclamação extrajudicial e a tentativa de conciliação com o fornecedor de produtos e serviços não é condição da ação ou requisito para o processamento da petição inicial, mas obsta ou é causa de suspensão do prazo decadencial (art. 26, parágrafo 2º, I, CDC), caracterizando direito potestativo do consumidor, não podendo a livre opção do consumidor de não utilizar o ‘consumidor.gov’ ou outros meios alternativos de solução com os fornecedores, influenciar o direito de ressarcimento de danos morais e materiais do consumidor e o seu acesso direto ao Judiciário.”³³

E continua:

“[...] o incentivo ao uso dos demais meios adequados de acesso à justiça não podem ser confundidos como um pressuposto ou uma condição para o acesso ao Poder Judiciário. A violação do direito é suficiente para que o consumidor tenha assegurado, em seu favor, o exercício do direito de ação para o restabelecimento da ordem, já que o exercício da autotutela é restrito. Ademais, há situações graves – as que envolvem tutela de urgência, por exemplo – que impossibilitam tratativas extrajudiciais. Eventuais abusos são coibidos pelas vias próprias, igualmente previstas em lei.”³⁴

Todas estas ações convergem para uma nova realidade de acesso à justiça, que farão uma justiça mais simples, efetiva, acessível e informal e que jamais substituirão os tribunais, mas estarão ao lado destes, realizando os anseios da população, de forma que tanto o Estado quanto a sociedade deverão estar engajados na busca pela resolução de conflitos por vias alternativas e na superação dos obstáculos de ordem econômica, social, cultural e legais, possibilitando a ampliação deste acesso de acordo com a grande demanda existente.

33. Nota Técnica 1/2019/CEDC/CFOAB. Acordos de Cooperação para utilização da plataforma Consumidor.Gov nos Tribunais brasileiros. Conselho Federal da Ordem dos Advogados. 2019.

34. Nota Técnica 1/2019/CEDC/CFOAB. 2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo modelo de sociedade cria inúmeras responsabilidades para todos os entes federativos e atores sociais, principalmente na troca de informações que possibilitem a geração de novos conhecimentos e auxiliem a tomada de decisão; tanto do Estado como da sociedade em geral; a respeito de uma nova concepção social, que tende a evitar questões de domínio estatal em suas relações privadas e comerciais, na procura de formas mais ágeis e acessíveis para resolver seus conflitos e estabelecer outras e novas relações diante das mais variadas culturas.

Os desafios que devem ser superados pelo Poder Judiciário diante das questões da mediação judicial ainda são inúmeros e, independentemente de quais forem, o ideal que deve estar presente nas ações instituídas para superá-los deve sempre estar atrelado aos objetivos de ampliar o acesso à justiça, de auxiliar em uma ordem jurídica mais justa e célere e, por consequência, de contribuir para o desafogamento do aparato judiciário.

É ponto crucial para a massificação da mediação judicial e extrajudicial a melhor compreensão do princípio de colaboração. O desafio do Poder Judiciário ante este ponto é fortalecer a informação de forma mais clara para que todos os cidadãos e operadores do direito tenham acesso e, assim, fomentar o nascimento de um novo paradigma jurídico e de justiça.

Portanto, um dos maiores desafios a ser superado vem com o crescente uso das tecnologias pelos “consumidores” e que não deve ser dificultado pelo Poder Judiciário com o intuito de regular os novos institutos, mas, sim, estabelecer políticas de desburocratização do acesso e, concomitantemente, a ampliação de suas proteções.

É papel primordial do Poder Judiciário, para superar os desafios encontrados, contribuir para conscientização da importância do comprometimento das partes com o resultado do processo e demonstrar que, para algumas controvérsias, existem outras formas mais adequadas para solucioná-las, e que, em não se obtendo sucesso nas tratativas extrajudiciais, as portas do Judiciário sempre estarão abertas para quaisquer demandas, mas sempre lembrando que a celeridade de um processo judicial nunca deve ser sobrepor ao ideal de justiça.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Henrique dos Santos. Os Novos Meios Alternativos ao Judiciário para a Solução de Conflito, apoiados pelas tecnologias da Informação e Comunicação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 268, p. 587-612, jun. 2017.
- ANDRADE, Paula. CNJ apresenta nova plataforma de mediação digital com o sistema financeiro. *Agência CNJ de Notícias*. 22 de maio de 2018. Disponível em: [cnj.jus.br/cnj-apresenta-nova-plataforma-de-mediacao-digital-no-sistema-financeiro]. Acesso em: 15.01.2020.

- AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*, 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016. Disponível em: [cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f-5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf] Acesso em: 2.01.2020.
- AZEREDO, Caroline Machado de Oliveira; MOURA, Cíntia da Silva. Mediação no Novo CPC: avanços e desafios. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 51, p. 461-478, out.-dez. 2016.
- BRASIL. CNJ. Termo de cooperação técnica 06/2017. Disponível em: [cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/12/d0aa692f26e244c4133190fb9f7d2b25.pdf]. Acesso em: 20.01.2020.
- BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), de 14 de agosto de 2018. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm]. Acesso em: 01.01.2020.
- CAPPELLETTI, Mauro. O Acesso à Justiça como Programa de Reformas e Método de Pensamento. *Revista Forense*, v. 395, p. 209-224, ano 104, jan.-fev. 2008.
- CARVALHO, Rafaela Magalhães Nogueira; PORTO, Antônio José Maristrello; RAMALHO, Bruno Araújo. Papel institucional dos canais de reclamação para a resolução extrajudicial de conflitos sobre planos de saúde: uma análise comparada. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 369-393, 2018. Disponível em: [publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5674]. acesso em: 01.03.2019.
- CNJ. *Câmaras Privadas*. 2020. Disponível em: [cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/camaras-privadas/]. Acesso em: 15.01.2020.
- CNJ. Emenda 2, de 8 de março de 2016. Altera e acrescenta artigos aos Anexos I e II da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/gabco/resolucao_125_emenda_2.pdf. Acesso em: 15.01.2020.
- CNJ. *Mediação Digital*: justiça a um clique. Página inicial. Disponível em: [cnj.jus.br/mediacaodigital/]. Acesso em: 15.01.2020.
- FALCÃO, Joaquim de Arruda. Acesso à justiça: diagnóstico e tratamento. In: Associação dos Magistrados Brasileiros (Org.). *Justiça: promessa e realidade*. O acesso à justiça em países ibero-americanos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.
- GONÇALVES, Marcelo Barbi. Meios Alternativos de Solução de Controvérsias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 242, p. 599-563, abr. 2015.
- KAMEL, Antoine Youssef. *Mediação e Arbitragem* (Livro Eletrônico). Curitiba: Inter Saberes, 2017, 2MB, pdf.
- LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. *Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias*. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 53-70, set. 2016. Disponível: [online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8360]. Acesso: 13.01.2020.
- MUNIZ, Tania Lobo; MOURA, Isabel Cristina. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRS, Porto Alegre*, n. 39, p. 291, v. esp. dez. 2018.

- NOTA TÉCNICA 1/2019/CEDC/CFOAB Assunto: Acordos de Cooperação para utilização da plataforma Consumidor.Gov nos Tribunais brasileiros. Conselho Federal da Ordem dos Advogados. Brasília: CFOAB. Disponível em: <https://www.rotajuridica.com.br/wp-content/uploads/2019/10/Nota-T%C3%A9cnica.pdf>. Acesso em: 10.12.2019.
- RESENDE, Livia Dornelas. *Câmara Privada de Mediação de Conflitos – Natureza, Estrutura, Normas e Finalidade Social*. Direito FGV. 2016. p. 6. Disponível em: [\[academia.edu/26450756/C%C3%A2mara_privada_de_M%C3%A9dia%C3%A7%C3%A3o_de_Conflitos_Natureza_Estrutura_Normas_e_Finalidade_social\]](http://academia.edu/26450756/C%C3%A2mara_privada_de_M%C3%A9dia%C3%A7%C3%A3o_de_Conflitos_Natureza_Estrutura_Normas_e_Finalidade_social). Acesso em: 25.01.2020.
- RODRIGUES, Alexsandra Gato; LORENZI, Bianca Cassiana; ROSA, Felipe Luiz. *Mediação Digital: A sociedade moderna a um clique da justiça*. 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Santa Maria/RS, 2017. p. 6. Disponível em: [\[coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/2-5.pdf\]](http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/2-5.pdf). Acesso em: 10.12.2019.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.
- TJMA. Portaria 82.017, de 04 de maio de 2017. Disponível em: [\[jusbrasil.com.br/diarios/documentos/454575458/portaria-n-82017-04-05-2017-do-tjma\]](http://jusbrasil.com.br/diarios/documentos/454575458/portaria-n-82017-04-05-2017-do-tjma). Acesso em: 20.12.2019.
- TJMA. Resolução 43.2017, de 22 de setembro de 2017. Disponível em: [\[jusbrasil.com.br/diarios/documentos/501668679/resol-n-432017-22-09-2017-do-tjma\]](http://jusbrasil.com.br/diarios/documentos/501668679/resol-n-432017-22-09-2017-do-tjma). Acesso em: 20.12.2019.
- TJPR. Resolução 01/2019 – NUPEMEC. Disponível em: [\[www.tjpr.jus.br/legislacao-atos-normativos/-/atos/documento/4586290\]](http://www.tjpr.jus.br/legislacao-atos-normativos/-/atos/documento/4586290). Acesso em: 20.12.2019.
- TJSP. Provimento CMS 2289/2015. Disponível em: [\[www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ProvimentoCSM2289_2015.pdf\]](http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ProvimentoCSM2289_2015.pdf). Acesso em: 20.12.2019.
- WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (Coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*; Moraes, Maurício Zanoide. São Paulo: DJP, 2005.
- WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *Ci. Inf.*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio-ago. 2000.

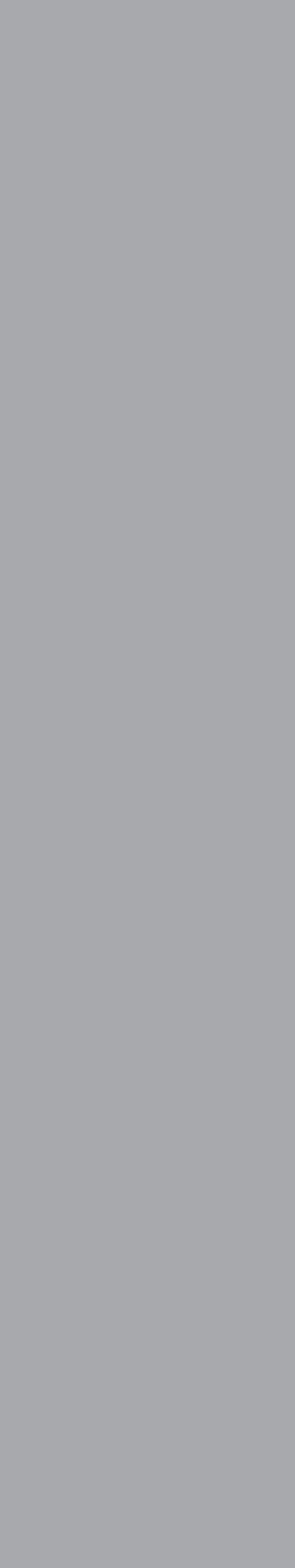
PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- A “audiência de conciliação ou de mediação” no novo CPC: seis (breves) questões para debate, de Gustavo Osna – *RePro* 256/349-370 e *Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil* 4 (DTR\2016\19760);
- Mediação no novo CPC: avanços e desafios, de Caroline Machado de Oliveira Azeredo e Cintia da Silva Moura – *RARB* 51/461-478 e *Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil* 2/101-118 (DTR\2016\24743); e
- Os novos meios alternativos ao Judiciário para a solução de conflito, apoiados pelas tecnologias da informação e comunicação, de Henrique dos Santos Andrade e Augusto Marcacini – *RePro* 268/587-612 (DTR\2017\1354).

The background features a light gray gradient with several overlapping, semi-transparent circles of varying shades. A dense pattern of fine, parallel lines radiates from the bottom right towards the top left, creating a textured effect.

Doutrina Internacional



LOS PODERES DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE CONFORMIDAD CON LAS REGLAS DE PRAGA (DE TRAMITACIÓN EFICIENTE DE LOS PROCEDIMIENTOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL)¹

THE POWERS OF THE ARBITRAL TRIBUNAL UNDER THE PRAGUE RULES (EFFICIENT CONDUCTION OF PROCEDURES IN INTERNATIONAL ARBITRATION)

FRANCISCO G. PROL

Abogado y Árbitro
arbitraje@prol-asociados.com

ÁREAS DO DIREITO: Arbitragem; Internacional

RESUMEN: Las¹ Reglas de Praga constituyen un loable intento de organizar la tramitación del procedimiento arbitral internacional de una forma más acorde con los principios imperantes en los países que siguen el sistema jurídico de Civil Law. Aunque contienen algunas previsiones que difieren de lo contemplado en las Reglas de la IBA, muchos de sus preceptos no se apartan de lo previsto en esta últimas, por lo que no debe entenderse que hay una confrontación entre las mismas. Las Reglas de Praga constituyen una opción válida para aquellas partes que deseen dotar al tribunal arbitral de unos poderes más extendidos, en aras de la consecución de una mayor eficiencia en la tramitación

ABSTRACT: The Prague Rules represent a laudable attempt to organize the conduct of international arbitral proceedings in a manner that is more in accordance with the principles prevailing in countries that follow the Civil Law legal system. Although they contain some provisions that differ from what is provided for in the IBA Rules, many of their precepts do not differ from what is provided for in the latter, so it should not be understood that there is a confrontation between them. The Prague Rules are a valid option for those parties who wish to provide the arbitral tribunal with more extensive powers in order to achieve greater efficiency in the conduct of the proceedings.

-
1. Este artículo forma parte del Libro Conmemorativo del 30º Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid (CIMA), que fue publicado en Madrid en septiembre de 2019.

This article analyses the points that constitute the framework of the Prague Rules and whether these points may be considered to be in contradiction with the applicable rules in a number of countries, where these Rules may be called upon to be applied.

del procedimiento. En este artículo se analizan los puntos que constituyen el armazón de Las Reglas de Praga y si se puede considerar que dichos puntos entran en contradicción con la normativa aplicable en una serie de países, en los que estas Reglas pueden ser llamadas a ser aplicadas.

PALABRAS-CLAVE: Procedimientos Arbitrales Internacionales – Reglas de la IBA – Reglas de Praga – *Iura Novit Curia*.

KEYWORDS: internacional arbitration – The Prague Rules – IBA Rules – *Iura Novit Curia*.

SUMÁRIO: I. ¿Son necesarias nuevas reglas de tramitación de los procedimientos arbitrales internacionales? II. Los poderes del tribunal arbitral. III. Principales aportaciones de Las Reglas de Praga. IV. Conclusiones.

I. ¿SON NECESARIAS NUEVAS REGLAS DE TRAMITACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES INTERNACIONALES?

La presencia del arbitraje, cada vez más creciente, en el mundo de los negocios internacionales, viene demandando una adaptación del sistema arbitral a las reales necesidades de los usuarios de tal sistema de resolución de disputas.

Uno de los puntos negativos del arbitraje, frecuentemente mencionado por todos los usuarios de este sistema, es el del excesivo costo que implica la iniciación, llevanza y terminación del proceso arbitral.

La práctica totalidad de los reglamentos de centros que se ocupan de la administración de arbitrajes internacionales, cuentan entre sus preceptos regulatorios con normativa, a menudo muy sucinta, que trata de los distintos aspectos del procedimiento, pero sin entrar en grandes detalles sobre aspectos de suma importancia para el desarrollo del proceso, como puede ser, por ejemplo, la organización de la prueba.

Además, una buena ordenación de la prueba sirve para minimizar el impacto de una de las desventajas que se predicen del arbitraje; su excesivo costo. En efecto, especialmente en arbitrajes relevantes o muy complicados, los gastos que implica preparar una prueba consistente y que de a la parte una oportunidad de que sus peticiones sean atendidas, son de gran importancia. Cualquier sistema que pueda ayudar a la disminución de estos gastos, es más que bienvenido por los usuarios del arbitraje (tanto potenciales como efectivos).

Si tenemos además en cuenta que las partes muy raramente llegan a acuerdos, en el momento de comenzar el procedimiento, sobre la organización de éste² y, consecuentemente, sobre la construcción e importancia que se le debe dar a los distintos elementos probatorios que se presenten, no debe extrañar el interés de las partes por tener una referencia, una guía, que pueda orientarles a lo largo del procedimiento.

Con esta intención de complementar, en la medida de lo posible, los reglamentos (y la legislación aplicable), surgieron diversas reglas de soft law, que han ido veniendo siendo utilizadas en el mercado del arbitraje internacional desde hace ya hace algunos años.

Entre estas reglas de soft law destacan las que fueron creadas por la IBA (2010), que tienden a conseguir una más eficiente tramitación de los procedimientos en arbitraje internacional. Las Reglas IBA, a pesar del encomiable esfuerzo de respeto a los principios de Civil y Common Law que se hizo en el momento de su redacción, encuentran su principal fuente de inspiración en la concepción que de la figura del árbitro, o del tribunal arbitral³, y de sus poderes, tienen los países de Common Law.

Los juristas pertenecientes a países de Civil Law se han sentido a veces encorsetados dentro de las Reglas de la IBA, por esta influencia del derecho anglosajón, que, como antes hemos dicho, está presente en dichas Reglas. Así, se inició la búsqueda de un sistema que, sin chocar frontalmente con la filosofía propia de las Reglas IBA, reflejase de una manera más nítida la cultura jurídica de los países de Civil Law en temas, por ejemplo tan importantes como es el de la aplicación del principio *Iura Novit Curia*, en el que, como después veremos con un poco más de detalle, se observan fundamentales divergencias entre los sistemas de Civil y Common Law.

Para responder a esta “desazón” de los juristas de Civil Law surgen Las Reglas de Praga (de aquí en adelante “RP”), cuyo nombre oficial es “Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional”. Las RP, que fueron presentadas en sociedad en Praga el 14 de diciembre de 2018, pretenden dar al árbitro/tribunal arbitral un papel más activo a la hora de organizar la tramitación del iii procedimiento, permitiendo una mayor flexibilidad a la hora, por ejemplo⁴, de solicitar la presentación de documentos indeterminados (los árbitros formados en

2. No solo porque las partes no pueden predecir el futuro, sino porque la mayor parte de los centros internacionales de arbitraje recomiendan a sus clientes que, salvo que tengan un interés extremo en modificar o complementar la cláusula tipo preparada por cada centro, utilicen este sistema de cláusulas standard, en las que se contemplan los elementos esenciales del arbitraje y se remite a las partes a la aplicación del reglamento de cada corte o centro para la regulación del procedimiento arbitral.
3. En el presente trabajo las referencias a tribunal arbitral deben entenderse aplicables igualmente a los árbitros únicos.
4. Más adelante se analizan los principales puntos que pueden entenderse como las verdaderas aportaciones de las RP a la buena tramitación del procedimiento arbitral.

sistemas jurídicos anglosajones tienen la tendencia a seguir el sistema de discovery, que permite se solicite de las partes la presentación de una gran cantidad de documentos no siempre identificados de forma que se eviten presentaciones inútiles, que no hacen más que incrementar los costos de copia, depósito, traducción, etc., sin aportar al procedimiento ayuda relevante para la constitución de los elementos probatorios).

También la tramitación del procedimiento se ha visto afectada por lo que se ha dado en llamar la “due process paranoia”, que describe aquella situación en que los árbitros aceptan cualquier petición de las partes, relativa a los medios de prueba que deben ser aceptados por el árbitro, sin tener en cuenta si es realmente útil para lograr los efectos probatorios que las partes pretenden y que son admitidas⁵ con el ánimo de limitar y desvirtuar las razones en las que las partes pueden basar el ejercicio de la acción de nulidad, porque el árbitro no ha admitido pruebas que (en opinión de la parte – normalmente de aquella que no ve satisfechas sus pretensiones- que alega la violación del due process) son consideradas como extremadamente relevantes y, por tanto, no ha podido presentar su caso de forma correcta.

Las RP, al conceder al tribunal arbitral unos poderes más amplios que los que se le otorgan en los países anglosajones, intentan reconducir la organización del procedimiento de forma que el árbitro no tenga tan nítidamente sobre su cabeza la Espada de Damocles del due process. Al ampliar la extensión de los poderes del tribunal arbitral se permite a éste que tome decisiones, que si bien son muy convenientes para la eficacia del procedimiento (negativa a solicitar documentos indeterminados que puedan dar origen a fishing expeditions, rechazar la comparecencia de testigos que van a reiterar lo ya declarado por otros testigos, etc.), no dejan de representar una limitación al poder omnímodo que algunos pretenden dar a las partes, para organizar el procedimiento en una forma que pueda suponer una desproporcionada protección de la posición de una de las partes⁶, en detrimento de la eficiencia del propio procedimiento.

Personalmente entiendo que las RP han de ser consideradas como una opción que se les da a las partes, para que éstas puedan organizar el procedimiento de una

5. Por los que son denominados “árbitros pasivos”, reticentes a actuar de forma decidida en ciertas situaciones, por temor a que las decisiones del tribunal arbitral sean contestadas en base a que la parte no ha tenido la oportunidad de presentar su caso, (Anne Rombach y Hanna Shalbanava en *German Arbitration Journal*, März/April 2019, pág. 54; traducción libre del autor).

6. Teniendo en cuenta que por desproporcionada protección ha de entenderse, por ejemplo, el que una parte de gran capacidad económica intenta “ahogar” a una parte menos poderosa financieramente hablando, mediante la presentación de enormes cantidades de documentos –en ocasiones totalmente superfluos- que implica la necesidad de constituir equipos que se componen de numerosos profesionales.

forma más eficiente. En ningún caso debe entenderse que hay un antagonismo entre las RP y las Reglas de la IBA y esto por dos motivos:

1. Porque las RP y las Reglas de la IBA no son tan diferentes como algunos pueden pensar. Ambos ejemplos de soft law pretenden dar a los árbitros las herramientas necesarias para organizar el procedimiento de forma eficiente. La diferencia se encuentra realmente en la filosofía que “impregna” ambos tipos de Reglas.

Mientras las Reglas de la IBA están fuertemente influenciadas por el sistema adversarial que rige en los países anglosajones, en las RP predomina el respeto al principio inquisitorial propio de los países de Civil Law. Así, mientras según el primero de los principios mencionados, se ha de conceder a las partes plenos poderes para organizar la tramitación del procedimiento, limitándose los árbitros a ser una especie de prestatarios de servicios, cuya labor está constreñida a la emisión del laudo que ponga fin a las disputas que mantienen las partes (y que es la razón por la que han sido contratados), el principio inquisitorial permite a los árbitros, respetando siempre el principio de autonomía de la voluntad de las partes y los principios básicos del arbitraje (igualdad, audiencia y contradicción), jugar un papel activo en la tramitación del procedimiento, tomando decisiones (rechazando producciones de documentos, testigos o haciendo uso del principio *Iura Novit Curia*), que los árbitros anglosajones no consideran incluidas entre las facultades que les han sido conferidas por las partes.

Un ejemplo claro de las diferencias entre ambos principios inspiradores lo constituye el distinto tratamiento que del principio *Iura Novit Curia* hacen los países influenciados por el sistema adversarial y los que se encuentran bajo la égida del sistema inquisitorial (tema del que después se trata con más profundidad).

2. Tanto las Reglas de la IBA como las RP deben considerarse como una opción que se le ofrece a las partes, quienes, dentro del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden aceptar, o no, el uso de las mismas. No constituyen ninguna obligación que deba ser aceptada por las partes para, por ejemplo, acudir a una determinada corte arbitral o tramitar un procedimiento arbitral en un determinado país. Deben ser consideradas como una herramienta a utilizar por las partes, si éstas así lo desean, para lograr que el procedimiento arbitral termine con un laudo ejecutable, que satisfaga sus pretensiones de resolución de los conflictos que entre ellas mantienen.

También ha habido ataques contra las RP por no ser suficientemente “internacionales”, por no ser adecuadas (o, por lo menos, ser menos apropiadas) para el negocio internacional, debiéndose utilizar las Reglas de la IBA a la hora de ver que normativa ha de aplicarse a la tramitación del procedimiento arbitral.

Vuelvo a insistir, en que me parece desenfocado intentar colocar a las Reglas de la IBA y a las RP en polos opuestos y antagonicos. Ambas las dos son opciones que se le conceden a las partes, para que éstas, en uso de su libre autonomía, escojan una u otra

(o ninguna) organicen la tramitación del procedimiento como les parezca más conveniente para sus intereses.

Por otro lado, tampoco conviene olvidar que, a día de hoy, hay muchos más países de los que se piensa que siguen los principios del Civil Law⁷. Si bien es cierto que poderosos agentes del mundo de los negocios internacionales deben ser considerados como países de Common Law (USA, GB, Australia, Canadá, India), no lo es menos que casi todos los otros países siguen los principios de Civil Law. Además, dentro de este último grupo de países hay que incluir al gigante chino, que está llamado a ser, en un futuro bastante cercano, uno de los mayores operadores de los negocios internacionales que, sin duda, va a “sugerir” que en la solución de disputas de carácter internacional (y más concretamente, en la forma en la que se organiza la tramitación del procedimiento), se tengan en cuenta aquellos principios jurídicos con los que los operadores chinos están más familiarizados (los de Civil Law).

II. LOS PODERES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Como ya ha quedado apuntado, uno de los pilares en los que se basan las RP, es la concesión de más amplios poderes al tribunal arbitral de lo que acontece normalmente en otras reglas de soft law. Carlos I. Guaia⁸, citando un informe de la International Law Association (ILA), califica estos poderes en tres categorías: implícitos (ínsitos en los acuerdos arbitrales, ley aplicable o reglas de procedimiento), discrecionales (aquellas facultades generalmente conferidas pero no específicamente detalladas) e inherentes (para circunstancias extraordinarias que puedan poner en peligro la integridad del proceso o de la ejecución del laudo). El informe de la ILA⁹ añade otra categoría adicional a las anteriores; los poderes discrecionales que son aquellos que emanan de la naturaleza misma de la conducción del caso por los árbitros, que les han sido conferidos por las partes y que los habilitan para adoptar decisiones dentro del marco convencional (en tanto no haya acuerdo en contrario). Este tipo de poderes tiende a rellenar las lagunas que puedan surgir en la regulación del procedimiento, en ausencia de disposiciones específicas.

Parece que los poderes que las RP conceden al tribunal arbitral deben ser encuadrados dentro de esta categoría de poderes discrecionales, pues sirven para colmar las lagunas que puedan aparecer en la tramitación del procedimiento y encuentran su razón de ser en el acuerdo de las partes, por el que deciden someterse a la aplicación de tales reglas.

7. A título meramente ilustrativo, se adjunta, como Anexo 1, un mapa con la adscripción de los diferentes países a las distintas “familias” jurídicas.

8. Arbitraje PUCP, pág. 87.

9. Siempre según el citado autor.

La explicación de cuál es la mayor extensión de los poderes que la RP consienten al tribunal arbitral, se desarrolla en un punto posterior¹⁰. Pero sí parece interesante ver aquí cuál es la amplitud de los poderes que normalmente las leyes de los distintos países en los que pueden ser ejecutados laudos, consecuencia de procedimientos arbitrales que han podido ser inspirados por las RP, conceden a los tribunales arbitrales a la hora de gestionar la tramitación de los procedimientos arbitrales.

Se ha escogido la ley española, para ver si la idea que late en las RP (de conceder amplios poderes al tribunal arbitral) podría chocar con las normas de la legislación aplicable al procedimiento arbitral o a la ejecución de su lado, en razón de que es la ley con la que está más familiarizado el autor de este artículo.

Hemos de ver, en un primer momento, cuáles son las normas que delimitan en la legislación española los poderes que pueden ser otorgados al tribunal arbitral, para la gestión del procedimiento en el que interviene. Se debe pues estudiar el artículo 25.2. de la vigente ley de arbitraje en el que se mencionan los poderes que los árbitros ostentan a la hora de dirigir el arbitraje.

El mencionado artículo 25.2. establece:

“2. A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración.”

De las disposiciones de este artículo, que parece conceder a los árbitros poderes bastante amplios, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. En primer lugar, se concede a las partes la posibilidad de establecer cuántos acuerdos les parezcan convenientes para la dirección del arbitraje, debiendo los árbitros respetar los mencionados acuerdos. El problema es que no es muy frecuente que las partes, con anterioridad al inicio del procedimiento, concierten pactos sobre la llevanza del mismo. La posibilidad, también existente, de llegar a estos acuerdos constante el procedimiento, debe considerarse ilusoria.

Las RP siguen la misma filosofía, requiriendo el acuerdo de las partes en algunos casos y la obligación de consultar por parte del tribunal arbitral en otros. Así, son las partes quienes deben acordar la aplicación de la RP al procedimiento (artículo 1.1. de las RP). Si bien es cierto que el tribunal arbitral puede aplicar la RP ex officio, no lo es menos que, en este caso, tendrá que oír a las partes antes de proceder a tal aplicación. (Artículo 1.2. de la RP). También necesitará el árbitro concernido la autorización expresa de las partes, para actuar como mediador entre ellas o si,

10. Vid. punto III.- 2. posterior.

habiendo jugado el papel de mediador, quisiese continuar participando en el procedimiento arbitral

Lo que es importante retener en este caso, es que las RP obligan al respecto de lo que se disponga en las normas imperativas de la *lex arbitrii* y, en el caso de España, parece claro que el artículo 25.2. de la Ley de Arbitraje, permite, como ocurre con las RP, la atribución de amplios poderes al tribunal arbitral (todo ello, evidentemente, contando con el acuerdo de las partes).

Además, varios artículos de las RP prevén que el tribunal arbitral antes de tomar una medida determinada, deba poner en conocimiento de las partes la adopción de dicha medida. A título meramente ejemplificativo podríamos citar; el artículo 3.2. que prevé la previa consulta con las partes para la determinación de los hechos que el tribunal arbitral entienda relevantes para el procedimiento; el artículo 6.1. que trata de la posibilidad de que el tribunal arbitral nombre *ex officio* un perito y el artículo 7.2. en el que el tribunal arbitral, puede aplicar, al amparo del principio *iura novit curia*, disposiciones legales que no hayan sido específicamente invocadas por las partes.

Si bien es cierto que el hecho de tener que consultar con las partes, no implica la obligación de obtener el acuerdo de las mismas, no es menos cierto que el obligar a realizar esta obligación de consulta, permite afirmar que las RP no dan un poder omnímodo al árbitro o al tribunal arbitral, para que por su mera voluntad puedan tomar las decisiones que entiendan convenientes para la tramitación del procedimiento, por muy adecuadas que éstas sean para lograr una mayor eficiencia del mismo.

2. El artículo 25.2. de la Ley de Arbitraje utiliza una expresión muy reveladora de su intención de dar amplios poderes al árbitro para la llevanza del procedimiento, ya que habla, textualmente, de “dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado”.

Eso sí, la ley impone un límite a las decisiones que pueden ser tomadas por los árbitros en virtud de los poderes que se le conceden, pues la dirección del procedimiento debe realizarse con sujeción a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje.

Las RP siguen la misma filosofía, en punto a la amplitud de poderes del tribunal arbitral, aunque, como hemos visto antes, condicionando su ejercicio a la consulta a las partes sobre las decisiones a tomar.

Estos dos principios, esenciales a la hora de ver cuáles son los poderes que se pueden atribuir al tribunal arbitral (acuerdo de las partes y amplitud de la extensión de dichos poderes), han merecido el reconocimiento de nuestra jurisprudencia. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía (Granada) de 24 de octubre de 2016 los recoge, cuando dice:

“... las partes pueden convenir libremente el procedimiento pero en cualquier caso se exige la observancia de los principio[s] [Referido a los principios previstos en el

párrafo 1. Del artículo 24 de la Ley de Arbitraje¹¹]. Pero después viene a decirse que si no hay acuerdo entre las partes al respecto, la libertad pasa a ser de los árbitros si bien con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley.”

3. El artículo comentado concede a los árbitros, por lo que respecta a la conformación de la prueba, la posibilidad de decidir (incluso ex officio) sobre la admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, así como su práctica y valoración, Es decir, sobre todo los estadios del proceso probatorio desde su iniciación, hasta la valoración de la prueba constituida por las partes.

También aquí las RP siguen la misma idea, ya que permiten al tribunal arbitral la toma, ex officio, de decisiones extremadamente importantes para la constitución de la prueba, como, por ejemplo, el nombramiento de un perito a instancias del árbitro (artículo 61 de las RP).

De todo lo anteriormente expuesto en este apartado, se puede llegar a la conclusión de que los poderes que le sean concedidos al tribunal arbitral por las RP entran en la órbita de amplias facultades que el artículo 25.2. de nuestra Ley de Arbitraje concede a los árbitros o tribunales arbitrales, para la dirección y llevanza de los procedimientos en los que actúan.

III. PRINCIPALES APORTACIONES DE LAS REGLAS DE PRAGA

Visto ya que las RP no contrarían lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Arbitraje (y que, por lo tanto, no hay cortapisa alguna para que se apliquen estas reglas a arbitrajes internacionales que se celebren en España o en los que participen partes españolas), pasemos al estudio de aquellos puntos que hacen de las RP un sistema atractivo de organización de la dirección de un arbitraje internacional. Utilizaremos para ello el esquema expuesto por Duarte Gorjão Henriques¹² en el artículo que escribió para la Asociación Suiza de Arbitraje, en el que se ponen de manifiesto las aportaciones más relevantes de las RP a la organización de la tramitación de los procedimientos arbitrales internacionales.

1. PAPEL ACTIVO DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Como ya hemos venido mencionando, uno de los objetivos fundamentales de las RP, que justifica por sí solo la creación y existencia de estas reglas, es dotar al tribunal arbitral de los poderes necesarios para que pueda tener un papel activo en la gestión del procedimiento arbitral y, más específicamente, en la construcción del entramado probatorio.

11. Igualdad, audiencia y contradicción.

12. Duarte Gorjão Henriques; 36 ASA BULLETIN 2/2018 (JUNE), (págs. 351 a 363).

Las Reglas de la IBA (art. 2 1.) obligan al tribunal arbitral, consultando a las partes, a buscar la eficiencia, tanto de funcionamiento como económica, en la organización de la prueba y a procurar que el procedimiento se desarrolle con escrupuloso respeto al principio de due process.

Las RP (art. 2. y 3.) también buscan la misma eficiencia, pero parecen ir un paso más allá, ya que no se limitan a realizar meras “indicaciones” a las partes (como hace el artículo mencionado de las Reglas de la IBA), sino que le concede el poder de indicar a las partes aquellos elementos que constitutivos de hechos controvertidos, necesitan, a juicio del tribunal arbitral, ser probados (y por qué parte).

Igualmente los árbitros podrán indicar a las partes las acciones que pueden ser tomadas para esclarecer los fundamentos fácticos y legales contenidos en los escritos de demanda y contestación.

La posibilidad que conceden las RP al tribunal de indicar a las partes cuáles son los hechos que deben ser necesariamente probados, no tiene fácil encaje en el derecho anglosajón, en donde las partes pueden presumir (si el árbitro señala unos hechos determinados para que sean probados y no se refiere a otros) que el árbitro ya ha tomado una posición con respecto a los aspectos que precisan ser probados (eliminando la posibilidad de que se presente una prueba consistente de aquellos no señalados por el árbitro a las partes), comprometiendo así la necesidad de que sea imparcial durante todo el procedimiento.

Las RP permiten al tribunal arbitral actuar de forma proactiva, es decir, y en palabras de Klaus Peter Berger¹³: “Proactivity refers to the arbitrator’s task of ‘taking charge and staying in charge of the arbitral process’”¹⁴

2. AMPLIOS PODERES DE INDAGACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Como hemos comentado, el fin último de las RP es conseguir una eficiente tramitación del procedimiento arbitral internacional. Para la consecución de este objetivo, las RP dotan al tribunal arbitral de una serie de poderes que pueden ser ejercidos en cualquier momento del procedimiento y siempre previa consulta a (que no autorización de) las partes.

A título de ejemplo podemos mencionar, dentro de estos poderes que permiten al tribunal arbitral realizar labores de indagación de los elementos fácticos y jurídicos, que puedan ser relevantes para que el tribunal pueda comprender en su totalidad lo alegados por las partes, los siguientes¹⁵:

13. Klaus Peter Berger* and J. Ole Jensen† (Arbitration International, 2016, 32, págs. 415–435).

14. Proactivo se refiere a la actividad del árbitro consistente en tomar a su cargo el procedimiento y permanecer con el control del mismo (traducción libre del autor).

15. Contemplados en el art. 3.2 de las RP.

A. Requerir a las partes para la presentación de documentos que puedan ser relevantes para la constitución de la prueba o que se llamen al procedimiento a los testigos que el tribunal arbitral estime conveniente.

B. Nombrar uno o varios expertos para que disipen las dudas del tribunal sobre cualquier aspecto relevante del arbitraje y, lo que ya es un poco más “extraordinario”, requerir a cualquiera de las partes a que nombre un experto.

C. Realizar inspecciones in situ.

D. Adoptar aquellas otras medidas que considere apropiadas para la determinación de los hechos.

Si nos detenemos un momento en lo que, sobre la misma materia, se dice en las Reglas de la IBA (artículos 4, 6 y 7), podremos darnos cuenta que, en el fondo, las Reglas de la IBA y las RP son bastante parecidas. También bajo las Reglas de la IBA el tribunal podrá requerir de las partes que faciliten la presencia de testigos (incluso aunque estos sean representantes, directivos o empleados de la parte requerida), el nombramiento de expertos, así como excluir (motu proprio o a requerimiento de una de las partes) del ramo de prueba documentos, testimonios o inspecciones (art. 9.2 de las Reglas de la IBA).

Vemos pues, que, en este aspecto, entre ambos tipos de Reglas no hay diferencias sustanciales. Las dos permiten al tribunal la toma de decisiones que obligan a las partes, quizás reticentes a presentar una serie de pruebas que no les favorecen, a llevar al procedimiento una serie de elementos probatorios, que pueden iluminar a los árbitros en la determinación de los hechos alegados por las partes. Como señala Duarte Gorjão Henriques¹⁶ se puede apreciar en este campo una diferencia (y no nimia) entre las Reglas de la IBA y las RP; mientras que, como vimos¹⁷, las RP dan al tribunal la posibilidad de adoptar las medidas (fuera de las antes vistas) que considere apropiadas para la determinación de los hechos, este poder no se encuentra contemplado en las Reglas de la IBA.

Donde si hay un profundo choque, es en el enfoque que se le da en las RP al tema de la petición de documentos, que deben ser presentados por una parte, sin que tal petición vaya acompañada de la información necesaria para que los documentos solicitados puedan ser identificados (lo que, con frecuencia, conlleva la aparición de las llamadas fishing expeditions, en las que una parte solicita la presentación de documentos de los que “sospecha” su existencia, pero sin tener certeza de la misma). Estas maniobras de solicitar documentos que se encuentran muy general o pobremente identificados, pueden causar perjuicios irreparables a los intervinientes en el

16. Op. cit. Pág. 358.

17. Vid. punto 2. D. anterior.

procedimiento arbitral, ya que se ven obligados a llevar al procedimiento unos documentos que no tienen ninguna relevancia para el mismo, pero que pueden poner de manifiesto datos del negocio de la parte obligada a su presentación, que no deben ser revelados, salvo que sean determinantes para la construcción del entramado probatorio. Los problemas vienen de si se acepta o no el sistema de Discovery, típico de muchos países de Common Law y, más particularmente, de USA.

La utilización de la Redfern Schedule, que tiene por objeto intentar precisar al máximo los documentos a presentar y las razones que justifican su presentación, tampoco ha servido para desvanecer las reticencias de los juristas de Civil Law a aceptar este tipo de peticiones – más o menos indeterminadas – ya que los abogados y árbitros formados en la tradición del Civil Law han sido educados en la idea de que cada parte debe probar lo que alega y no confiar en documentos que hayan de ser facilitados por la otra parte, para construir su caso.

Las Reglas de la IBA, que ya realizan un encomiable esfuerzo por “suavizar” el sistema de Discovery, para hacerlo más aceptable a mentalidades de Civil Law, contemplan en su artículo 3. un sistema en el que, después de un elaborado y complejo proceso que regula la presentación de documentos, se acaba dando al tribunal arbitral amplios poderes para solicitar que sean llevados al procedimiento una ingente cantidad de documentos (que, a veces, pueden contener información extremadamente sensible para las partes que deben presentarlos), que normalmente generan un aumento desproporcionado de los gastos del proceso (traducción, depósito, copias, etc.) y reticencias por parte de la parte obligada a presentarlos, dados los perjuicios que su revelación les puede acarrear.

Por el contrario las RP (en su art. 4. 2.) invitan al tribunal arbitral y a las partes a “evitar cualquier método de exhibición documental, incluido el discovery electrónico”. La rotundidad con la que las RP trata el tema del discovery no ha dejado indiferentes, como se puede comprender, a los juristas de Common Law (ni a aquellos partidarios de las Reglas de la IBA), que han reaccionado contra lo dispuesto en el artículo de las RP antes mencionado.

Sin embargo, estoy de acuerdo con Gonzalo Stampa, cuando este autor¹⁸ apunta como solución, para no caer en los excesos que un procedimiento de discovery puro puede acarrear, la tramitación de la obligación de exhibición “... a través de las pautas técnicas procesales inglesas del mecanismo probatorio conocido como “disclosure” (revelación y puesta a disposición) referido a la aportación al proceso sólo de aquellos documentos específicos, identificados por las partes y relevantes para determinar el fondo de la controversia, poseídos por una de las partes contendientes y de imposible acceso para la parte solicitante ...”.

18. Revista de arbitraje comercial y de inversiones, vol. XII, no 1, 2019, pág. 163 (ISSN 188-5373).

Esta solución permitiría a la parte solicitante llevar al procedimiento una serie de elementos de prueba, de muy difícil obtención por ella y a la parte que debe presentar dichos elementos el limitar éstos a aquellos que puedan ser relevantes para la decisión del litigio, sin tener que presentar otros que pueden perjudicar su legítimo derecho a la confidencialidad de aquellos documentos, por ejemplo, que revisten una gran importancia para su actividad comercial y que, sin embargo, no pueden ser considerados como esenciales para la resolución de la disputa.

Es necesario reconocer, sin embargo, que, a veces, es extremadamente difícil precisar cuáles son los elementos probatorios a los que se les puede atribuir el carácter de “esenciales” para la resolución del pleito. Incluso, hay ocasiones en las que es ciertamente complicado estar seguro de la mera existencia de dichos elementos probatorios, lo que tampoco puede justificar las fishing expeditions en demanda de todo tipo de documentos que puedan estar simplemente “relacionados” con el pleito en el que se intentan presentar.

Con la redacción actual del artículo 4.1. y 4.2. de las RP la contestación a todos estos problemas es simple; cada parte deberá probar lo que alega, adhiriéndose a la filosofía que latía detrás del antiguo artículo 1214 de nuestro Código Civil (y que hoy impregna el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Pero tampoco las RP cierran definitivamente a las partes la posibilidad de solicitar la presentación de documentos. El art. 4. de las RP contempla la posibilidad de que el tribunal arbitral ordene la aportación documental de documentos que sean relevantes para la resolución del pleito, no sean de dominio público y estén en posesión (o bajo el control) de la parte requerida a la presentación.

3. POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA

Aquí si encontramos una profunda divergencia entre las Reglas de la IBA y las RP. Mientras en las primeras, siguiendo la reticencia de los juristas anglosajones a la aplicación del principio *Iura Novit Curia* (de aquí en adelante “INC”), pues dejan a las partes la tarea de precisar los textos legales en los que basan sus pretensiones, no hay una sola mención a la posibilidad de aplicar este principio, el art. 7. de las RP, después de establecer como principio general (art. 7.1.) que “cada parte tiene la carga de probar sus pretensiones”, expresamente autoriza al tribunal arbitral (art. 7.2.) a aplicar disposiciones y antecedentes legales, que no hayan sido expresamente invocadas por las partes y *siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de expresar su parecer sobre el contenido de dichas disposiciones o antecedentes legales*¹⁹.

19. La negrita y el subrayado son del autor.

Hemos de entender por INC, siguiendo al Profesor Pedro A. de Miguel²⁰, el deber que corresponde al tribunal de resolver de acuerdo con los fundamentos legales aplicables a la disputa, incluso en el caso de que tales fundamentos no hayan sido correctamente invocados por los litigantes, aunque lo anteriormente expuesto no permita al tribunal apartarse de las peticiones de las partes (o, por decirlo de una manera un poco más precisa, de la causa de pedir de la que las partes se han valido).

Las RP admiten que el tribunal pueda basarse en el principio de INC para basar su razonamiento en preceptos legales que no han sido invocados expresamente por las partes, entre otras razones, porque el INC debe considerarse como una demostración más del principio de autonomía de la voluntad de las partes²¹, no teniendo, por tanto, las partes impedimento alguno para limitar el ámbito de aplicación del INC, pudiendo excluir su aplicación en el procedimiento o, como sugieren las RP, admitiendo expresamente su aplicación al procedimiento en cuestión. Si las partes deciden, en virtud del principio de libertad de pactos que informa sus relaciones, aplicar las RP a la tramitación del procedimiento que podría ser llamado a resolver sus disputas, estarían autorizando al tribunal arbitral a utilizar el INC para la construcción del razonamiento en el que se basa su decisión, con respecto a los problemas que les han sido planteados.

Como decíamos al principio de este apartado, el grado de aceptación del principio INC varía enormemente según la adscripción de los países de que se trate a un orden jurídico de Common Law o de Civil Law. De la exposición que hace el Profesor Dário Moura Vicente²² podemos inferir que:

A. Tanto las legislaciones española, portuguesa y francesa contienen un precepto que permite a sus jueces acudir a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los invocados por las partes para fundamentar su resolución.

Además, en el caso de España, la jurisprudencia²³ admite que los árbitros gozan de mucha mayor flexibilidad que los jueces estatales, a la hora de apreciar cuales han sido las verdaderas pretensiones de las partes, independientemente de en qué hechos

20. Pedro A. de Miguel Asensio; *Iura Novit Curia and Commercial Arbitration in Spain*, pág. 327; F. Ferrari and G. Cordero-Moss (eds.), New York, Juris Publishing 2018, ISBN: 978-1-944825-12-6.

21. Luis Gómez-Iglesias Rosón; *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IX, no 1, 2016, pág. 51.

22. Dário Moura Vicente; *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2017-2018; págs. 57 y ss.

23. Véanse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de octubre de 2013, 3 de diciembre de 2013 y 24 de marzo de 2015, citadas por el Profesor Pedro de Miguel en op. cit. Pág. 351, nota al pie 120.

o fundamentos de derecho han basado las mismas, lo que concede al tribunal arbitral un poder, no omnímodo, pero sí manifiesto, de complementar las normas evocadas por las partes con las suyas propias, siempre que la aplicación de éstas no implique el ir más allá de la causa de pedir evocada por las partes.

B. En los países sujetos a la Common Law la situación se presenta de una forma muy diferente. Un magnífico resumen de la situación en Inglaterra lo podemos encontrar en la afirmación de Friedrich Alexander Mann²⁴; “Quizás la característica más espectacular del derecho procesal inglés es que la regla INC nunca fue, y no es, parte del derecho inglés”. El INC es, por tanto, una institución extraña a la cultura jurídica inglesa que prefiere que las partes se ocupen de mostrar las pruebas y argumentos que, en su opinión, sustentan sus peticiones.

En USA, la situación no está tan clara. Aunque la Federal Arbitration Act no contiene una norma específica que regule los poderes del tribunal arbitral en punto a la dirección del procedimiento y la jurisprudencia tampoco es muy prolija en ofrecer ejemplos de cuáles son las actuaciones que el tribunal puede realizar a la hora de aplicar ex officio los puntos de derecho que van a servir de fundamentación al laudo, sí podemos encontrar algunos ejemplos que arrojan un poco de luz sobre la posición de los jueces americanos a este respecto. Así, el caso *Cellu-Beep, Inc. c. Telecorp Communications, Inc.*²⁵ considera legítimo que el árbitro requiera a las partes para que aleguen sobre un fundamento de derecho –la prescripción- (no específicamente invocado por las partes) especialmente cuando se les concede la oportunidad de formular alegaciones al respecto²⁶.

Sin embargo, la escasez de jurisprudencia confirmatoria del caso anteriormente citado y la falta de utilización del principio INC en la práctica arbitral americana, no permiten llegar alegremente a la conclusión de que este principio del que venimos hablando, puede ser aplicado sin problemas por árbitros que dirijan un arbitraje en los Estados Unidos.

La diferencia entre la aproximación a la utilización del principio INC en los países de Civil Law y de Common Law viene resumida, de forma clara y precisa, por Luis Gómez-Iglesias Rosón²⁷ cuando dice:

“En el Civil Law, el principio *iura novit curia* impone a los tribunales el deber de aplicar el ordenamiento jurídico, sin importar la circunstancia de que las partes

24. Citado por el Profesor Dário Moura Vicente, op. cit. Pág. 62.

25. Sentencia del United States District Court for the Southern District of New York de 18 julio 2014 (*Cellu-Beep c. Telecorp Communications*).

26. Vid. Luis Gómez-Iglesias Rosón, op. cit. pág. 79.

27. Op. cit. Pág. 60.

no hayan invocado las normas adecuadas. En el Common Law, los tribunales conocen el Derecho a través de los abogados, que tienen la obligación deontológica de presentar al juez todo el Derecho aplicable a la controversia, incluidas aquellas fuentes contrarias a los intereses de su cliente.”

C. Si hablamos de arbitraje de inversión, la situación parece más clara. En efecto, el Comité de Anulación del CIADI que conoció de la decisión en el caso Klöckner c. Camerún²⁸, consideró que, siempre que el tribunal arbitral permanezca dentro de los límites del marco legal fijado por las partes, debe ser libre para confiar en los argumentos que considere mejor fundados²⁹.

El Comité de Anulación del CIADI encargado de conocer el caso Enron Creditors Recovery Corp. Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina³⁰, fue un paso más allá, al considerar que los árbitros habían incumplido su deber de aplicar el Derecho, al no haber identificado una cuestión jurídica relevante, aunque ésta no había sido alegada por las partes.

No parece, pues, que haya duda sobre la aplicación del principio INC a los procedimientos de arbitraje de inversión.

Vistos ya los diferentes tipos de aproximaciones al problema de la aplicación al procedimiento arbitral del principio INC, resta sólo ver cuál es la posición de las RP ante este problema.

Como se ha avanzado al principio de este apartado 3., las RP (en su art. 7.) permiten al tribunal arbitral aplicar disposiciones legales, aunque no hayan sido invocadas por las partes, si así lo estima necesario.

Complemento de lo anterior, las RP también permiten al tribunal arbitral apoyarse en antecedentes legales, aunque tampoco hayan sido invocados por las partes, si se refieren a disposiciones legales alegadas por las partes. Esta oportunidad que se le da al tribunal arbitral parece tener una menor importancia práctica que la relativa a las disposiciones legales. En países como España, donde la jurisprudencia tiene el valor de “complemento” del ordenamiento jurídico³¹, pero no se le puede considerar fuente del derecho (al contrario de lo que ocurre con la Ley o la Costumbre), el permitir que el tribunal arbitral aporte nuevos antecedentes legales, que deben estar necesariamente ligados a los fundamentos legales evocados por el tribunal, no aporta demasiado al procedimiento, precisamente por esa ligazón que debe existir con las

28. Decisión sobre Anulación de mayo de 1985, caso CIADI no ARB/81/2 (Klöckner c. Camerún).

29. La negrita y el subrayado son del autor.

30. Decisión sobre Anulación de 30 julio 2010, caso CIADI No. ARB/01/3 (Enron Creditors Recovery Corp. Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina)

31. Art. 1. 6. del Código Civil.

disposiciones legales empleadas, pues es precisamente ahí – en la utilización de disposiciones legales no invocadas por las partes- donde radica el problema de ver si las disposiciones legales no invocadas por las partes deben, o no, ser utilizadas para fundamentar la decisión que vaya a emitir el tribunal arbitral.

Pero el hecho de que las RP acepten con claridad meridiana la aplicación al procedimiento del principio de INC, no implica que para que tal aplicación sea aceptable (y no constituya un supuesto de ultra-petita) no deban cumplirse los siguientes requisitos:

a. Las disposiciones legales que van a ser utilizadas por el tribunal arbitral motu proprio, deben de tener una cierta relevancia para la resolución del caso que se le ha presentado al tribunal arbitral. Conscientes de la necesidad de esta relevancia, algunos autores³² consideran que los árbitros deben aplicar de oficio las normas de orden público aunque no hayan sido invocadas por las partes, pues, en caso contrario, incumplirían su deber de emitir un laudo válido y ejecutable.

A veces, se considera que el utilizar disposiciones legales relevantes para el caso, aunque éstas no hayan sido invocadas por las partes, no es una facultad de los árbitros, sino una obligación³³. En esta misma senda, el art. 280 del Código de Procedimiento Civil de Ecuador³⁴ obliga a los jueces a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho.

b. Es necesario dar a las partes la oportunidad de que se pronuncien sobre las disposiciones legales con las que el tribunal arbitral pretende complementar (como expresamente contempla el artículo 7.2. de las RP) las invocadas por las partes, para conformar su razonamiento jurídico definitivo.

Esta necesidad de que las partes sean oídas, tiene su fundamento en los principios de audiencia y contradicción y es una constante en las legislaciones y normas de Civil law que tratan este tema. Así lo considera el art. 84 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, a cuyo tenor:

“El Tribunal, en cualquier tiempo anterior a la decisión, podrá comunicar a los comparecidos en el proceso constitucional la eventual existencia de otros motivos distintos de los alegados, con relevancia para acordar lo procedente sobre la admisión o inadmisión y, en su caso, sobre la estimación o desestimación de la pretensión constitucional. ...”

32. R. Bamforth y K. Maidment, “Reasonable Opportunity to Present One’s Case – Recent English Case Law”, *ASA Bulletin*, vol. 28, 2010, p. 495.

33. Así lo contempla la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de noviembre de 2013 (Caixabank, S.A. c. Coll d’Escapa).

34. Citado por Rodrigo Jijón y Daniela Paez; *Revista Ecuatoriana del Arbitraje*, pág. 163.

Quizás la legislación española antes mencionada se base en las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, en la Sentencia del caso Comisión Europea c. Irlanda y otros³⁵ estableció que los elementos de Derecho examinados de oficio por el juez, sobre los cuales tiene intención de fundamentar su decisión, deben ser puestos en conocimiento de las partes para permitirles formular alegaciones.

En cualquier caso, no parece controvertido que, como exigen las RP, el tribunal arbitral deba dar a las partes la oportunidad de ser oídas en el momento en que decida complementar los fundamentos legales expuestos por éstas, con otros de “su propia cosecha”.

c. Por último, para una correcta aplicación del principio INC es necesario que las disposiciones legales que puedan ser alegadas por el tribunal tengan un vínculo directo y estrecho con la causa petendi invocada por las partes. Es decir, el principio INC permite al tribunal arbitral basar su razonamiento en disposiciones legales que no fueron invocadas por las partes, pero lo que no permite al tribunal es modificar las pretensiones de las partes, ni los hechos en los que fundan dichas pretensiones, mediante la adición al procedimiento de disposiciones legales que no están íntimamente relacionadas con la causa de pedir ya expuesta por las partes y que pueden abrir nuevos horizontes para la formulación por las partes de nuevas pretensiones (sobre las que no se ha discutido ni presentado prueba) o, en un futuro, pueden servir para fundamentar el ejercicio de una demanda de anulación del laudo, en base a que el/los árbitro/s han incurrido en una de las causas que justifican dicho ejercicio, cual es la ultra-petita.

Esta es la idea que parece seguir nuestra jurisprudencia. Así, La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 20/1982 de 5 mayo³⁶ dispone que “... la sentencia no puede rebasar la extensión de lo pedido, según prescribe el clásico aforismo según el cual ‘ne est iudex ultra petitum partium’, no puede tampoco modificar la causa de pedir y a través de ella llevar a cabo una alteración de la acción ejercitada, pues si, ejercitada una acción y producida una defensa frente a ella, estimara el Tribunal otra acción diferente, tal sentencia se habría dictado sin verdadera contradicción y sin que en el punto objeto de la resolución hubiera existido debate ni defensa.”

En la Sentencia citada, el TC cita la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1974, según la cual “no puede pretenderse bajo el principio ‘iura novit curia’ que el Tribunal pueda cambiar la acción ejercitada.”

De lo anteriormente expuesto, se deduce que la posible aplicación por un tribunal arbitral del principio INC, cumpliendo los requisitos antes vistos, en modo

35. STJUE (Gran Sala) 2 diciembre 2009, as. C-89/08 P: Comisión Europea c. Irlanda y otros.

36. Aunque se refiere a una sentencia y no a un laudo.

alguno repugnaría a las disposiciones de la legislación española (país de Civil Law), que permite al tribunal "... acudir a fundamentos de hecho o de distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, [y] resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes."³⁷

4. FACILITACIÓN DEL ACUERDO ENTRE LAS PARTES

Éste punto también ha generado una enorme controversia. Y no solo entre aquellos juristas que siguen los principios de Common Law con sus colegas de otros países, que están más acostumbrados a desempeñar un papel más proactivo en la utilización de los poderes que le puedan ser concedidos al tribunal arbitral, sino incluso entre los redactores de Las Reglas de Praga. Entre el grupo de personas que procedieron a la redacción de dichas reglas no existía una opinión unánime con respecto a la conveniencia de incluir las previsiones contenidas en el actual artículo 9 de Las Reglas de Praga.

El origen de la controversia radica en la diferente aproximación de los países de Common Law y de Civil Law ante la oportunidad de conceder al árbitro/tribunal arbitral la posibilidad de instar a las partes a que lleguen a un acuerdo, que ponga fin al procedimiento arbitral. Así, en los países de Common Law (fundamentalmente en Estados Unidos) el árbitro que sugiere a las partes que lleguen a un acuerdo, por mucho que las posiciones de los contendientes puedan estar muy cercanas, se arriesga a ser recusado por alguna de las partes, con el argumento de que el árbitro ya ha tomado una posición con respecto al resultado del arbitraje. El verdadero problema en estos países es qué tal recusación tendría grandes posibilidades de ser admitida por la autoridad que conozca de ella, ya que es un principio bastante acendrado en la mentalidad jurídica de los países que siguen ese sistema jurídico legal, que el árbitro no debe tomar una posición previa al completo desarrollo del procedimiento arbitral, para no poner en peligro los intereses de ninguna de las partes, que tienen el derecho a presentar su caso, y su prueba, durante el tiempo que para ello se haya previsto en el procedimiento, pues el mero hecho de insinuar que las posiciones de las partes no se encuentran excesivamente alejadas, ya que implica que ha tomado posición con respecto a las posibilidades de aceptación completa de las pretensiones de las partes.

Por el contrario los países de Civil Law (que, como ya hemos dicho, siguen un sistema inquisitorial) sí aceptan de mucho mejor grado el que el árbitro tome un papel activo en la consecución del acuerdo, sin que tal conducta pueda ser considerada como una toma de posición del árbitro, en un momento inadecuado, con respecto a cuál va ser el resultado del procedimiento.

37. Art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se trae aquí a colación ante la ausencia de regulación específica de este punto en la Ley de Arbitraje.

El artículo nueve de las RP permite al tribunal arbitral “ayudar” a las partes a alcanzar una solución transaccional de la controversia. Del párrafo 1. del mencionado artículo se infiere que el árbitro deberá contar con la aquiescencia de las partes, incluso para intentar “ayudar” a las mismas a la consecución del acuerdo.

Se concede, igualmente, la oportunidad a los árbitros de actuar como mediadores para alcanzar la solución transaccional, debiendo también en este caso contar con el acuerdo de las partes intervinientes. En el supuesto de que no se llegase a un acuerdo dentro del plazo marcado, el componente del tribunal que haya actuado como mediador podrá continuar participando en el procedimiento arbitral, previo acuerdo por escrito de todas las partes, o, en caso de no obtener tal acuerdo, tendrá que apartarse del procedimiento de conformidad con las disposiciones arbitrales aplicables.

Es este último punto el que ha generado las discusiones más apasionadas. En efecto, hay muchos abogados y árbitros (entre los cuales me encuentro) que consideran apropiado y eficiente para la consecución de los fines del procedimiento, el que el árbitro pueda sugerir a las partes que lleguen a un acuerdo, dado que sus posiciones se encuentran muy cercanas y el acuerdo puede ser posible, con un pequeño esfuerzo de negociación.

Al fin y al cabo es lo que dice el párrafo primero del artículo nueve de la reglas de Praga, cuando habla de “ayudar” a las partes a la consecución del acuerdo mencionado. Lo que entiendo va más allá de la labor que las partes han encomendado al árbitro es el que éste se constituya en un mediador dentro del procedimiento arbitral. Si el árbitro suspende el procedimiento arbitral y abre un procedimiento de mediación, estaría introduciendo una serie de incertidumbres en el procedimiento arbitral, si éste tuviese que ser reanudado, que podrían poner en peligro la eficacia del laudo. El procedimiento de mediación tiene sus propias características, su propia filosofía y lleva a una decisión del mediador que no tiene los mismos efectos que el laudo que pueda ser dictado por el árbitro. Mientras la mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto, el fundamento del arbitraje es la resolución de una disputa entre las partes por un tercero (mandatado por las partes para que él tome la decisión que estime conveniente), que decide sobre aquellas pretensiones de las partes que considere ajustadas a derecho o a equidad y a cuya decisión la Ley otorga el carácter de cosa juzgada (dotándole así de una efectividad muy parecida a la que la ley concede a las decisiones judiciales).

Si se llega a un acuerdo en el procedimiento de mediación (iniciado constante el procedimiento arbitral) las partes tendrían la opción de bien aceptar la mediación terminando el procedimiento arbitral, bien intentar que los árbitros (tanto el que ha participado como mediador, si solo lo ha hecho un miembro del tribunal, como los otros que no han intervenido en el proceso de mediación) formalicen el acuerdo

obtenido por las partes en un laudo de mutuo acuerdo (al que, una vez emitido, la ley le concede el efecto de cosa juzgada)³⁸.

Incluso se permite (artículo 9.) que, en caso de que no haya éxito en la consecución del acuerdo, el árbitro que ha intervenido como mediador, pueda volver a participar en el arbitraje, como árbitro, todo ello previo acuerdo de las partes litigantes. En mi opinión, el árbitro que ha actuado como mediador y después vuelve a actuar como árbitro puede tener un cierto grado de contaminación en relación con la posición de las partes. Y esto es así, porque las partes deben, en su propio interés, desvelar en el proceso de mediación al mediador una serie de informaciones, que quizás no hubiesen desvelado en un arbitraje, pero que llegan a conocimiento de los árbitros que hayan participado en el procedimiento de mediación, sin que, si el árbitro volviese a participar en el arbitraje como juzgador del procedimiento arbitral, pudiese no verse afectado por esta información, que le ha proporcionado la parte para una circunstancia totalmente diversa de lo que es un procedimiento contencioso.

Lo que a mí, personalmente, me parece mucho más aceptable es que los árbitros insinúen a las partes la conveniencia de llegar a un acuerdo, hagan ver a los litigantes que la distancia entre sus pretensiones no es enorme, ya que sus intereses no divergen de forma esencial y que el acuerdo podría cumplir varios fines al mismo tiempo; el primero poner fin a las disputas y el segundo generar un ahorro sustancial en los costos del procedimiento.

Por lo que respecta a la posibilidad de que el árbitro, que ha venido actuando como mediador, porque así ha sido autorizado por las partes, vuelva a ejercer su función arbitral, en caso de que no haya habido acuerdo en el procedimiento y mediación, muchos profesionales del arbitraje experimentan una reticencia considerable a admitir tal situación. Y tal reticencia no viene del hecho de que sea una práctica prohibida por la legislación aplicable (en España, por ejemplo, el artículo 17 de la Ley de Arbitraje permite al árbitro que ha actuado como mediador, volver a jugar el papel de árbitro, si cuenta con el acuerdo de las partes), sino del hecho, ya apuntado, de que ha tenido, en su carácter de mediador, acceso a una información (y lo que no es menos importante, a un conocimiento completo de la posición y verdaderos intereses de las partes), que puede condicionar su posición como árbitro.

IV. CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que Las Reglas de Praga son una opción, que se le ofrece a las partes litigantes en un procedimiento de

38. No estoy convencido que todos estos procedimientos impliquen uno ahorro de costes, que es uno de los fines principales perseguidos por la reglas de Praga.

arbitraje internacional, para que lo organicen en base a criterios que le son más familiares que otros que inspiran diferentes opciones (que gozan de gran predicamento en el mundo del arbitraje internacional).

Así, mientras las RP responden a principios de Civil Law, las Reglas de la IBA se han organizado respetando unos criterios más cercanos al Common Law. Sin embargo esta dicotomía no debe ser empleada para crear un artificioso antagonismo entre estos dos ejemplos del soft law. Ni las RP y las de la IBA difieren tanto (en algunos campos son prácticamente iguales), ni sus disposiciones pueden considerarse totalmente opuestas, sin perjuicio de que las RP contienen la posibilidad de utilizar alguna institución jurídica (el principio *iura novit curia* o la insinuación del árbitro a las partes, constante el procedimiento arbitral, para que éstas lleguen a un acuerdo), que en las Reglas de la IBA ni siquiera están contempladas.

También es cierto que al basarse en los principios de Civil Law, las RP vienen a satisfacer la legítima demanda de los juristas formados en, y practicantes de, este sistema de ordenación jurídica, que no veían recogidas en las Reglas de la IBA, sus aspiraciones de dotar de poderes más amplios al tribunal arbitral, en orden a la consecución de una tramitación más eficiente del procedimiento arbitral internacional.

Madrid, a 6 de junio de 2019.

ANEXO 1



PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Arbitragem internacional.; de Juliana L. B. Viegas e Thiago Pedroso de Andrade – *RDE* 3/401-444 (DTR\2014\2692);
- A evolução da arbitragem internacional no Brasil, de Arnaldo Wald – *RArb* 23/19-38 e *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação* 5/33-50 (DTR\2009\882); e
- A importância da arbitragem internacional em 2013, de Arnaldo Wald – *RArb* 38/101-110 (DTR\2013\7876).

THE SCOPE OF STATE-TO-STATE ARBITRATION FOR THE SETTLEMENT OF COMPENSATORY CLAIMS UNDER THE BRAZILIAN COOPERATION AND FACILITATION INVESTMENT AGREEMENTS

O ALCANCE DA ARBITRAGEM ENTRE ESTADOS PARA A RESOLUÇÃO DE DEMANDAS COMPENSATÓRIAS NO ÂMBITO DOS ACORDOS BRASILEIROS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS

ERNADES SAMPAIO RAMOS

LL.M. in International Dispute Settlement pela Universidade de Genebra (UNIGE) e pelo Graduate Institute of International and Development Studies (IHEID). Advogado. ernandes.ramos@wald.com.br

ÁREAS DO DIREITO: Arbitragem; Financeiro/Econômico

ABSTRACT: The purpose of this paper is to assess the scope of state-to-state arbitration, as provided for in the recent Brazilian Cooperation and Facilitation Investment Agreements, for the settlement of compensatory claims in favor of foreign investors. For that, the relevant provisions of the Agreements will be confronted with consolidated dispute settlement mechanisms under international economic law.

KEYWORDS: State-to-State Arbitration – ISDS – Cooperation and Facilitation Investment Agreements – Brazil.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o alcance da arbitragem entre estados, prevista nos recentes Acordos brasileiros de Cooperação e Facilitação de Investimentos, para a solução de demandas compensatórias em benefício de investidores estrangeiros. Para isso, as previsões relevantes dos Acordos serão confrontadas com consolidados métodos de solução de controvérsias no âmbito do direito econômico internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem entre estados – ISDS – Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos – Brasil.

SUMÁRIO: 1. Introduction. 2. Dispute Prevention and Settlement within CFAs. 3. CFA Arbitration: an Investment-Trade Hybrid. 3.1. The Conformity of Measures with the Agreement. 3.2. Compensatory Relief for Aggrieved Investors. 4. Diplomatic Protection in CFAs. 5. The Remaining Roles of Home States in Investment Treaty Arbitration. 6. The Espousal of Compensatory Claims under CFAs. 6.1. Whose Rights Are at Stake?. 6.2. The Discretion to

Espouse a Claim. 6.3. CFIA's and the Admissibility of Claims. 6.3.1. Nationality of Investors. 6.3.2. Shareholders Claims. 6.3.3. Exhaustion of Local Remedies. 6.3.4. The scope of CFIA Arbitration. 7. Conclusions. 8. Bibliography.

1. INTRODUCTION

Since the establishment of the so-called international investment regime, Brazil remained an outsider. A resistance against international arbitration and the adoption of a foreign investment policy based on the equality of treatment between domestic and foreign investors drove for a long time the Brazilian negative approach towards investor-state dispute settlement (ISDS) and international investment agreements (IIA). Despite the attempt, during the 1990s, to launch a bilateral investment treaties (BIT) program, the failure to ratify these treaties revealed the continuity of the position and pushed the debate to a further stage.¹

In the early 2010s, Brazil finally redefined its long-standing investment policy stance with the elaboration of Cooperation and Facilitation Investment Agreements (CFIA), which focus on foreign direct investment (FDI) facilitation and state-to-state dispute settlement as opposed to FDI protection and ISDS, a common duo in traditional BITs.

The emergence of a great number of Brazilian companies investing abroad fostered the debate around the need for the government to assert minimum standards of treatment for investors in some African and Latin American states, where the majority of their investments were established. Accordingly, discussions between the private sector and governmental agencies culminated in a model investment treaty clearly influenced by the current criticisms towards investment protection and ISDS. CFIA's introduce procedural innovations while mostly rely on practices consolidated by international organisations for re-engaging states as disputing-parties to the enforcement of obligations towards beneficiary third parties.

In this scenario, this paper aims to assess the use of international arbitration as a state-to-state mechanism set out by CFIA's, in order to investigate the scope and suitability of this method to resolve compensatory claims in light of the investment dispute settlement practice. CFIA's are hybrid creatures with strong roots in multilateral cooperation and a foreign policy founded in the primacy of diplomatic means to

1. For a detailed history of the Brazilian stance on international investment law and practice, cf. KLEINHEISTERKAMP, J. O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros. In: CHEREM et al. (eds.). *Comércio Internacional e Desenvolvimento: uma perspectiva brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2004.

prevent and resolve international conflicts. Accordingly, the dispute prevention and settlement provision in these agreements has focused on the interstate level in order to establish a primary forum of consultations and negotiations, and a backup state-to-state arbitral tribunal to settle unresolved disputes.

CFIAs further include the possibility for arbitral tribunals to assess damages and grant compensatory relief in favour of aggrieved investors. The adjudication of compensatory claims arising out of FDI through the action of home states draws one's attention back to the exercise diplomatic protection, known from times prior to ISDS, to settle investment claims. The alleged politicisation of investment disputes has led to the abandonment of this mechanism in favour of a structure directly opposing home states and foreign investors for the review of measures affecting their property rights.

While this is a prospective assessment of the application of agreements yet to come into force, similarities and influences with practices of standing fora dealing with economic disputes allow shedding some light on the ongoing efforts to shape a new system. Among others, elements of WTO dispute settlement system, international arbitration in traditional IIAs, and the jurisprudence of the International Court of Justice (ICJ) on customary international law help defining the hybridity of CFIAs.

2. DISPUTE PREVENTION AND SETTLEMENT WITHIN CFIAs

CFIAs provide for a rather complex institutional structure in charge of managing investors' demands as well as engaging parties in disputes arising out of breaches thereof. The structure primarily encompasses parties' governmental agencies and diplomatic bodies, which suggests a shift from treaty models highly focused on the role of lawyers and third-party adjudication. Instead, CFIAs rely on a built-in mechanism that allows the involvement of both states, on a diplomatic basis, in the control of measures affecting reciprocal investments.

The establishment of Focal Points (Ombudsperson) charged with facilitating the communication between investors and host state's authorities suggests the pragmatism of agreements designed to encourage the implementation of investments in places once deemed to be of difficult insertion, either for bureaucratic or infrastructural reasons. Therefore, one of the main purposes of CFIAs is to mitigate potential risks capable of triggering investment disputes by creating official means for investors to present complaints under the surveillance of its home state.²

2. Article 18 (1) of the model CFIA. The 2015 model CFIA is available at: <https://investment-policy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4786/download>

Accordingly, CFIA dispute prevention focuses on the role of the Ombudsperson, who will serve as a channel to transmit investors' initiatives and complaints to host states' governments.³ In case a measure is passed affecting obligations established by the treaties, parties may submit a complaint regarding the non-conformity of such measure the Joint Committee, which will hold consultations between the parties.⁴ Finally, claims unresolved by the Joint Committee may be brought before a state-to-state arbitral tribunal, which will make a determination based on law.⁵

CFIA's prominent goals of investment cooperation and facilitation intend to establish the constant dialogue between treaty parties as a primary means to promote and develop a mutual investment agenda. Under this framework, dispute settlement means more than a simple forum to resolve disagreements; it is rather a dynamic tool for treaty parties to reshape their obligations and reinforce their commitments towards a favourable environment to new investments.

While dispute prevention in CFIA's encompasses a hybrid range of interactions both in investor-state and state-to-state levels, dispute settlement, on the other hand, is thereby defined as an exclusive state-to-state mechanism, albeit focused on resolving disputes ultimately affecting investors' property rights.

The scope of CFIA dispute settlement diverges from commonly drafted investor-state and state-to-state dispute settlement clauses in IIAs inasmuch as arbitral tribunals' jurisdiction *ratione materiae* is considerably restricted. In other words, whereas most state-to-state arbitration clauses in BITs confer broad competence for arbitral tribunals to resolve disputes concerning the application and interpretation of the treaty, CFIA arbitral tribunals' competence is restricted to deciding on the conformity of measures with the treaty.⁶

Furthermore, the jurisdiction *ratione personae* of CFIA's arbitration has equally the bearing of influencing the objectives pursued with arbitration, as compared to ISDS. Whereas the latter focuses on the interests of investors to seek monetary compensation for the losses caused by the host state, the former encourages home states to engage in disputes to restore the way of accomplishing the objectives established for the relationship with the host state.

Accordingly, CFIA's envisage a judicial review that considers the compliance of measures through a prevailing public international law perspective, considering

3. GABRIEL, V. The New Brazilian Cooperation and Facilitation Investment Agreement: An Analysis of the Conflict Resolution Mechanism in Light of the Theory of the Shadow of the Law. *Conflict Resolution Quarterly*, v. 34, 2016, p. 146.

4. Article 23 (2) of the model CFIA.

5. First limb of the Article 24 (1) of the model CFIA.

6. Article 23 (3) of the model CFIA.

investors as beneficiaries of treaties rather than holders of directly enforceable rights.⁷ In summary, although investors are still important players during these proceedings, treaty parties detain the central role in the procedure.

3. CFIA ARBITRATION: AN INVESTMENT-TRADE HYBRID

In case of failure to amicably resolve the dispute, CFIA's further provide for third-party adjudication through arbitration. This stage, unlike the previous steps introduced above, has a defined objective: determining the compliance of the challenged state measure with the treaty. In other words, the absence of a mutually agreed solution will entail the constitution of an arbitral tribunal to recommend the withdrawal or modification of inconsistent measures.⁸ That reveals the treaties' closer approach to a public law paradigm, whereby compliance with the agreement is favoured over pecuniary compensation.⁹

In the first agreements signed with Angola, Malawi and Mozambique, the provisions dealing with state-to-state arbitration are rather economical in terms of constitution and composition of the arbitral tribunal and other procedural rules. Subsequent agreements, however, progressively detailed the arbitration clause,¹⁰ and ultimately provided for qualification requirements for arbitrators,¹¹ guidelines to determine the applicable rules to the procedure¹² and, most importantly, enlarged the competence of the tribunal. More recent CFIA's now establish the possibility for the arbitral tribunal to adjudicate compensatory claims in favour of aggrieved investor(s) from the claimant state.¹³

The comprehension of the scope and extent of the CFIA arbitration clause requires the understanding of the remedies applicable to the violations of the agreement. CFIA's, as any other treaty concluded and establishing obligations between

7. ROBERTS, A. Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System. *The American Journal of International Law*, v. 107, 2013, p. 63.

8. Article 24 (1) of the model CFIA.

9. ROBERTS, A. Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System, *cit.*, p. 54.

10. Cf. NASSER, R; SATO, N; TAKITANI, M. What is Brazil Bringing to the Table? Dispute Prevention and Resolution under the Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI). *Kluwer Arbitration Blog*, July 2017.

11. Article 24 (8) of the model CFIA.

12. Article 24 (10) of the model CFIA.

13. Article 24 (13) of the model CFIA. This provision is present in the CFIA's signed with Colombia (Article 23 (14)), Ethiopia (Article 24 (11)) and Suriname (Article 25 (13)).

states, are governed by international law.¹⁴ Accordingly, the assessment of state responsibility and the remedies available for the breaches of their obligations is determined in accordance with it.

International law progressively consolidates patterns not protested or acquiesced by state practice, giving rise to default rules and principles stemming from state behaviour¹⁵ that are applicable to the relations among sovereigns.¹⁶ General rules of international law are a concept in movement, a constant ensemble in adaptation that relies on the evolution of extensive and convincing practice, giving rise to customs.¹⁷

Under this perspective, the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA) codifies a set of customary rules for the treatment of breaches committed by states in relation to their pairs, shedding a light on how to interpret such customs. Whereas Part I of the ARSIWA clarifies its champ d'application, Part II establishes secondary rules to deal with the consequences of breaches, providing, inter alia, for the obligations not only to immediately cease the wrong with guarantees of non-repetition, but also to ensure full reparation for the injury suffered.¹⁸ "Reparation" is, however, a very broad term, which may encompass a distinct variety of pecuniary and non-pecuniary remedies, including restitution, compensation and satisfaction.¹⁹

Even though customary rules have wide applicability on the relations among states, the latter are entitled to depart from them in deference to more complex, decentralised regimes.²⁰ It follows that, generally, states have adopted tailor-made sets of rules providing for detailed obligations applicable inter partes. These special regimes have established, for instance, secondary rules concerning the consequences of breaches, adopted in order to enhance the effectiveness of primary rules contained in the same treaty.²¹

14. Article 2 (1)(a) Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT).

15. ROBERTS, A. Triangular Treaties: The Extent and Limits of Investment Treaty Rights. 56 *Harvard International Law Journal*, v. 56, n. 2, 2015, p. 363; ANAYA, S. Customary International Law. Proceedings of the ASIL Annual Meeting, v. 92, 1998, p. 41.

16. SHAW, M. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 66.

17. GAZZINI, T. The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment. *Journal of World Investment & Trade*, v. 8, 2007, pp. 694-95.

18. Cf. PCIJ. Chorzów Factory case (Germany v. Poland). PCIJ Series A, n. 17, 1928, p. 47.

19. SEBASTIAN, T; SINCLAIR, A. Remedies in WTO Dispute Settlement and Investor-State Arbitration: Contrasts and Lessons. In: HUERTA-GOLDMAN et al. *WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2013, p. 275.

20. SIMMA, B; PULKOWSKI, D. Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law. *European Journal of International Law*, v. 17, 2006, p. 486.

21. *Ibid.*, p. 487.

In this line, the dispute settlement provisions in CFIAs introduce a *lex specialis* to determine the consequences of the breaches of obligations provided therein. Accordingly, this section presents an overview of those secondary rules providing for the remedies that can fall within the mandate of CFIA tribunals. First, arbitrators are primarily charged of reviewing the conformity of state measures with the agreement, which may or may not entail a recommendation to withdraw or modify said measure in order to achieve consistency with the agreement (3.1). Second, disputing-parties may agree to request the arbitral tribunal to assess and award damages caused by challenged measures to aggrieved investors (3.2).

3.1. *The Conformity of Measures with the Agreement*

Treaty parties have given consent to arbitration once the dispute is terminated with no fruitful outcome in the Joint Committee. The main remedy available for CFIA arbitral tribunals, however, is the determination of “conformity with this Agreement of a measure that a Party claims to be not in conformity with the Agreement.”²²

The wording of such clause may raise the doubt as to whether a CFIA arbitral tribunal is uniquely empowered to merely “determine” that a challenged measure is inconsistent with the treaty, thereby incompetent to enjoin a party to re-establish conformity. Nonetheless, despite the restricted language transcribed above, CFIAs provide that “the decision of the Arbitral Tribunal shall be final and binding upon both Contracting Parties, who shall comply with it without delay.”²³ Therefore, from the determination of non-conformity of a challenged measure by the arbitral tribunal derives an obligation towards the non-conforming party to re-establish compliance.²⁴

-
22. Article 24 (2) of the model CFIA. With similar wording: Article 23 (2) of the Brazil-Colombia CFIA: “O objetivo da arbitragem é determinar a conformidade com este Acordo de medida alegada por uma Parte como desconforme com este.” (emphasis added). Article 24 (2) of the Brazil-Ethiopia CFIA: “The purpose of the arbitration is to determine the conformity with this Agreement of a measure that a Contracting Party claims to be not in conformity with the Agreement.” (emphasis added). Article 19 (2) of the Brazil-India CFIA: “The purpose of the arbitration is to decide on interpretation of this Treaty or the observance by a Party of the terms of this Treaty.” (emphasis added). Article 3 of the Annex I of the Brazil-Chile CFIA: “Examinar, de maneira objetiva e à luz das disposições pertinentes deste Acordo, o assunto indicado na solicitação para o estabelecimento do tribunal arbitral, e formular conclusões de fato e de direito, determinando de forma fundamentada se a medida em questão está ou não em conformidade com o Acordo.” (emphasis added).
23. Article 24 (11) of the model CFIA (emphasis added). With the same wording: Article 23 (12) of the Brazil-Colombia CFIA; Article 24 (9) of the Brazil-Ethiopia CFIA; Article 19 (7) of the Brazil-India CFIA.
24. It is noteworthy that the Brazil-Morocco CFIA, signed in 2019, leaves no doubt as to the power of the tribunal to determine the reestablishment of compliance with the agreement as Article 20

This main feature draws one's attention to the WTO DSS, whereby states, as sole subjects detaining *locu standi* to challenge measures inconsistent with WTO agreements, ultimately seek the withdrawal or modification thereof.²⁵ Even though mechanisms with similar approach have been replicated in international agreements, their application has been restricted to the realm of international trade law.²⁶

CFIAs are innovative in this respect to the extent it expressly provides for the review of measures affecting investments by means of interstate adjudication, instead of a mainstream review by investor-state arbitral tribunals.²⁷ Although this paper will later forward the argument that BITs have always provided for a review of measures affecting investments at the interstate level, the prevalence of ISDS has challenged the legitimacy of this alternative.

Alvarez and Brink²⁸ draws a line between the trade and investment regimes based on the different chief remedies provided by each of them. On the one hand, investment tribunals review the impact of policy measures to a particular investor, third-party beneficiaries of IIAs; there, the primary relief sought is the pecuniary compensation for the damages caused to the company or individual. On the other hand, the WTO DSS, as do most trade dispute settlement mechanisms, focuses on the consistency of measures adopted by member states with multilateral commitments assumed by them; here, the remedy sought is the removal or modification of the inconsistent measure, with no retrospective assessment of damages.²⁹

In summary, highlighting the involvement of the individual trader(s) as the first to be affected by the inconsistent measures, Alvarez and Brink further compare the relationship between complainant state and the trader as an espousal practice, as opposed to direct claims brought by investors in ISDS.

(2) clearly provides that: "O objetivo da arbitragem é o de reestabelecer a conformidade com o Acordo da medida alegada como desconforme ao Acordo pela sentença arbitral."

25. For a detailed review of the main remedy provided by CFIA arbitral tribunals as well as CFIAs' inspiration on the WTO DSS, cf. VIDIGAL, G; STEVENS, B. Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future? *Journal of World Investment and Trade*, v. 19, 2018.
26. For instance, the NAFTA provides for the review of trade-related disputes by a binational panel, pursuant to Chapter XIX.
27. Section 13 (5) of the South African Investment Act 22 of 2015 also provides for a trade-like mechanism whereby investment disputes may be resolved by state-to-state arbitration. However, unlike WTO DSS and CFIAs, they are not based on substantive standards of treatment.
28. ALVAREZ, J; BRINK, T. Revisiting State Necessity. In: SAUVANT (ed.) *Yearbook on International Investment Law & Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2010-2011, p. 349.
29. SEBASTIAN, T; SINCLAIR, A. Remedies in WTO Dispute Settlement and Investor-State Arbitration: Contrasts and Lessons, *op. cit.*, p. 278.

Along this line, the similarities between CFIA and the trade regime relates to providing as chief remedy the declaration of conformity of the challenged measure with the agreement. Even though ISDS equally seeks the declaration of measures inconsistent with IIAs, the purpose of investment protection, aligned with investors' procedural rights, induce the prevalence of pecuniary relief to compensate the harm.³⁰

Considering trade dispute settlement is triggered at interstate level, relying on compensation as a primary remedy would undermine the objective of concluding trade agreements, usually focused on developing an integrated system for the purpose of trade liberalisation.³¹ As a result, a dispute settlement mechanism in this context naturally aims to remove or modify measures that impair the accomplishment of liberalisation. The CFIA's inspiration in the WTO DSS derives from parties' intention to pursue a similar goal, that of seeking cooperation towards non-discriminatory conditions for investments.³²

The analysis of the competence of CFIA arbitral tribunals to review the conformity of measures as well as the influences of trade dispute settlement would require another detailed paper on the subject.³³ It suffices for the present inquiry to understand the rationale behind the primary remedy sought in arbitration to attain the objectives of the agreement, as ascertained in the previous paragraphs.

Moving forward, the next subsection briefly introduces general features of the redress of compensation claims for retroactive losses caused by challenged measures. This sets the context in which arbitral tribunals may decide on damages suffered by investors, which will later be subject of a deeper assessment.

3.2. *Compensatory Relief for Aggrieved Investors*

As stated above, awards rendered by the CFIA tribunal are expected to contain declaratory reliefs identifying the (in)consistency of the measure affecting a given investor with the obligations established by the treaty. Nevertheless, disputes arising out of investments most often englobe, to some extent, claims of retrospective damages for the violation of property rights held by investors.³⁴ Accordingly, Article 24

30. *Ibid.*, p. 281.

31. Confer preambles of the Agreement Establishing the World Trade Organisation and the North American Free Trade Agreement.

32. Preamble of the model CFIA.

33. Cf. VIDIGAL, G; STEVENS, B. Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?, *op. cit.*, pp. 491 et seq.

34. SEBASTIAN, T; SINCLAIR, A. Remedies in WTO Dispute Settlement and Investor-State Arbitration: Contrasts and Lessons, *op. cit.*, p. 283

(13) of the model CFIA introduces a second possibility of relief, namely the compensation for the pecuniary losses incurred by virtue of the challenged measure.³⁵

The adjudication of these claims is, however, subject to a caveat. The same Article 24 (13) conditions the jurisdiction of the tribunal to decide compensatory claims to the express consent of the parties. The irrevocable consent constant in the arbitration clause, which is also subject to the failure of consultations before the Joint Committee, is therefore restricted to the declaratory relief of conformity with the agreement, pursuant to Article 24 (2). Hence, in order for damages to be awarded in favour of investors, the respondent state must express its consent to the specific dispute.

Both declaratory and compensation claims will be decided by the same arbitral tribunal, however, each will entail the application of distinct rules on admissibility and, eventually, on the enforcement of the award.

As a rule, CFIA's do not provide for an enforcement provision for awards settling compensatory disputes. In the Brazil-Colombia CFIA, however, a similar approach and wording of Article 54 (1) of the ICSID Convention has been included for facilitating the execution of awards. Article 23 (14)(c) gives effect to this rule inasmuch as it envisages the arbitral award to be treated as a final judgment rendered by a court of the state where the enforcement is sought. That provision shall be read in association with item (d) of the same article,³⁶ which provides, in case the award establishes a monetary compensation, that the party seeking enforcement shall transfer the amount to the aggrieved investor.

4. DIPLOMATIC PROTECTION IN CFIA'S

Despite the fact that CFIA's provide for two different types of relief, both of them are to be sought by the home state through state-to-state arbitration. Therefore, the act of the home state to seek monetary compensation on behalf of a national is characterised as an exercise of diplomatic protection, as defined by the Article 1 of the ILC's Articles on Diplomatic Protection (ILC's ADP).

Diplomatic protection has historically encompassed a wide range of 'diplomatic actions' whereby a state may use its influence to engage the responsibility of another

35. This provision is not consistently provided by CFIA's. Although it is more commonly present in treaties signed since 2018, some recent ones ruled out the possibility of submitting compensation claims to arbitral tribunals. That is case of the Brazil-India CFIA, whose Article 19 (2) expressly provided that "[t]he purpose of the arbitration is to decide on interpretation of this Treaty or the observance by a Party of the terms of this Treaty. For greater certainty, the Arbitral Tribunal shall not award compensation" (emphasis added).

36. This provision, however, is also present in the CFIA's concluded with Ethiopia (Article 24 (11)(c)), Suriname (Article 25 (13)(c)) and Mexico (Article 24 (19) (2)).

state for a wrongful act committed against one or more of its nationals.³⁷ Accordingly, proceedings before the Joint Committee would also fall within this broad definition, insofar as diplomatic consultations are envisaged to be invoked following the injury suffered by a specific investor. Nevertheless, for the purposes of this paper, the term will be restricted to ‘judicial proceedings’ for achieving the goal of securing nationals’ rights.

Diplomatic protection, as a form of state-to-state claim, was the default means whereby investors used to seek their home states’ support after failing to effectively enforce their property rights in domestic courts. In the context of foreign investment, it had a first period of wide utilisation when investment protection was enforced through Friendship, Commerce, and Navigation (FCN) treaties, under the token of customary international law.³⁸ The dispute resolution mechanism was restricted to the level of sovereigns, as the paradigm recognised only states as subjects of international law.

The first generations of BITs have been inspired on old FCN treaties,³⁹ and progressively moved from the traditional model where rights were exclusively enforceable on a state-to-state level to a new one where investors were granted procedural rights, through ISDS clauses, despite their coexistence with state-to-state dispute settlement clauses.⁴⁰

The decision to pursue these claims or to act politically with the purpose of constraining the host state to cease the wrong and compensate the losses used to be intimately related to the bargaining power of the investors and the relevance of the concerned business activity to the economy of the home state.

By shifting the burden of considering the costs and benefits of suing a state at the international level to investors, ISDS has enabled, on the one hand, eligible individuals to pursue direct claims irrespective of home states’ political issues. On the other

37. This is reinforced by the broad definition of Article 1 ILC’s ADP. It is noteworthy that the recourse to force has been also referred to as diplomatic protection. However, the same article has assumed the position to encompass only peaceful means of dispute settlement. Cf. CRAWFORD, J. *State Responsibility: The General Part*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 572.

38. ROBERTS, A. *State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority*. *Harvard International Law Journal*, v. 55, n. 1, 2014, p. 2.

39. PARRA, A. *ICSID and the rise of bilateral investment treaties: Will ICSID be the leading arbitration institution in the early 21st Century?* *American Society of international Law Proceedings Review*, v. 41, 2000, p. 41.

40. ROBERTS, A. *State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority*, op. cit., p. 5.

hand, ISDS purportedly allowed home states to develop bilateral relations with host states regardless of any dispute initiated by their nationals. As a result, the private access to arbitration ultimately overshadowed state-to-state dispute settlement clauses that lingered in these agreements, most of which, during the decades following the emergency of BITs, remained untouched.

5. THE REMAINING ROLES OF HOME STATES IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION

Generally, traditional IIAs provide for two different jurisdictional clauses. One empowers investor-state arbitral tribunals to resolve investment disputes between one party and a national from the other party. The other clause allows treaty parties to resolve disputes regarding the interpretation and/or application of the treaty through state-to-state arbitration.⁴¹ The coexistence of two dispute settlement clauses has the bearing of engaging treaty parties and investors in different litigation scenarios, enforcing rights owed either to investors or to the other treaty party.

However, the lack of priority of one mechanism over the other gives rise to a controversial relationship between both types of arbitrations as to the reach that the decisions rendered in one can have in relation to the other.⁴² Bearing it in mind, this section aims to identify the reminiscent role of home states in treaty-based investment disputes, considering the legacy of old FCN treaties and highlighting cases whereby states more recently sought to reclaim their control of treaty interpretation and application.

State-to-state arbitration clauses are crafted under a public international law perspective, and encompass a broad range of disputes arising out of the agreement, which is equal to the sum of interpretation plus application.⁴³ Interpretation of a treaty deals with the effort to determine the meaning and scope of specific provisions; application, on the other hand, relates to the actual effects a provision produces in the event a conduct of one party violates its command.⁴⁴ Since the rise of ISDS, IIA-based state-to-state arbitration remained dormant due to the autonomy given to investors to directly enforce their rights.

Nevertheless, this situation has changed with the inconsistent interpretations of substantive standards of IIAs successively upheld by investor-state tribunals, which

41. *Ibid.*, p. 6.

42. *Ibid.*, p. 7.

43. ROBERTS, A. State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority, *op. cit.*, pp. 11-12.

44. *Ibid.*, p. 6.

propelled treaty parties, especially host states, to trigger state-to-state dispute resolution clauses.

These cases have uncovered the implications that direct procedural rights of investors have produced to the comprehension of the role treaty parties play within the investment system. Despite the existence of state-to-state dispute settlement clauses in BITs, the reliance of treaty parties on these clauses has been limited to a few disputes, which did not clarify the real impact of the mechanism to the overall application of the treaty, especially regarding their effects on investor-state arbitrations.

In 2003, Peru commenced arbitration against Chile under the BIT signed by the two states with views to hinder ongoing ISDS proceedings initiated by a Chilean investor, Lucchetti S.A. After the constitution of a state-to-state tribunal, Peru requested the suspension of the investor-state arbitration as a consequence of the former. The tribunal in *Lucchetti v. Peru* dismissed the Peru's request and upheld jurisdiction over the dispute, which continued despite the fact that the state-to-state arbitration dealt with the interpretation of common issues.⁴⁵

This frustrated experience inhibited subsequent BIT-based state-to-state arbitration until 2008, when Italy set its feet into this unknown land. Italy initiated arbitration against Cuba in order to exercise diplomatic protection in favour of a group of Italian investors acting in the Cuban hotel sector. In the same year, the tribunal issued an interim award declaring its jurisdiction over the claim, despite the ISDS provision in the BIT. This decision was ground-breaking inasmuch as it confirmed that states and investors possess parallel procedural rights stemming from the same treaty.

The subsequent tribunal dealing with the issue did not consistently follow the conclusions of *Italy v. Cuba* as to the interplay between investor-state and state-to-state arbitration. In *Ecuador v. United States*, an arbitral tribunal was constituted in order to interpret the FET standard in the BIT concluded between both states. The interpretive dispute was expected to have an impact on the ruling of a parallel arbitral tribunal constituted to settle the *Chevron v. Ecuador* case, initiated on the basis of the ISDS clause of the same BIT.⁴⁶

In the state-to-state arbitration, an expert opinion by Michael Reisman supported a restricted approach to the jurisdiction *ratione materiae* of state-to-state arbitral tribunals.⁴⁷ The argument rested on the lack of express provision conferring such mandate to state-to-state tribunals, and that the advent of investor-state arbitration

45. ICSID. *Lucchetti v. Peru* case. ICSID Case No. ARB/03/4, Award on Jurisdiction, 7 Feb 2005, §§ 7-9.

46. PCA Case No. 2009-23.

47. PCA. *Ecuador v. United States* case. PCA Case No. 2012-5, Expert Opinion by Michael Reisman, 2012, §§ 14-15.

had the implication of reserving the interpretation and application of BIT standards of treatment to that forum, fulfilling the treaty's purpose of investment protection.

Anthea Roberts criticises the arguments put forward by Reisman in his legal opinion inasmuch as the purported investment protection should not justify such an implied change in the regime, considering that, pursuant to customary international rules,⁴⁸ embodied in Article 31 (3) of the VCLT, treaty parties have interpretive authority to jointly determine and modify obligations concluded between and among themselves.

Roberts further recalls that state-to-state dispute settlement clauses in BITs derive from analogous provisions in old FCN treaties, whose all-encompassing formula used to cover a wide range of disputes, from direct claims for violations of states' rights, or declarations of non-violation thereof, to diplomatic protection claims for violations of nationals' rights.⁴⁹

On another token, the role of home states can also be identified in other circumstances that do not entail their engagement as parties to a dispute. Some IIAs, especially multilateral treaties, provide for the possibility that non-disputing parties submit briefs regarding the interpretation of the provisions discussed in the ambit of investor-state tribunals. The most debated example is Article 1128 of the NAFTA, whereby non-disputing states may intervene and submit briefs that could help the tribunal achieving consistency with treaty.

Even though the power to use the Article 1128 mechanism is conferred upon any treaty party, there are similar criticisms to those raised by Reisman in *Chevron v. Ecuador* in respect to the participation of home states in investor-state arbitral proceedings. They suggest that home states should only intervene as long as submissions are not used as a means to exercise diplomatic protection, breeding politicisation into the dispute.⁵⁰

States have an additional role under NAFTA. Article 2001 established the FTC, whereby treaty parties are entitled to issue interpretive statements, which will be, pursuant to Article 1131 (2), binding on investor-state tribunals constituted under Chapter XI. However, the political nature of the FTC and the lack of defined rules on their scope of application were hurdles identified in the aftermath of NAFTA parties' statement clarifying the FET standard in Article 1105 (1) of the NAFTA. In this

48. ROBERTS, A. State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority, *op. cit.*, p. 18.

49. *Ibid.*, pp. 6-7.

50. KAUFFMANN-KOHLER, G. Non-Disputing State Submissions in Investment Arbitration: Resurgence of Diplomatic Protection? in BOISSON DE CHAZOURNES et al. (eds). *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*. Leiden: Brill, 2012, p. 326.

sense, the binding nature of the statement was challenged based on the retroactive application of the new rule in respect to pending cases,⁵¹ and the alleged disguised intention of treaty parties to pass an amendment to the treaty by means of an interpretive statement put in question the overall legitimacy of the mechanism.⁵²

The abovementioned examples of diverse roles home states still play within investment disputes highlight a recurrent controversial question amongst critics, namely the presumption of the primacy of ISDS over states' interpretive power and their ability to determine the development of their bilateral or multilateral relations.

Despite the concern of political influence over ISDS, there is no basis in international precedents or state practice to ascertain that decisions of investor-state arbitral tribunals should prevail over treaty parties' interpretative statements. Consequently, there is no basis either to conclude that diplomatic protection lost its place in BITs following the establishment of ISDS, since this possibility has remained not only as an international custom but also as a right codified in IIAs.

Accordingly, this paper argues that CFIAAs do not revive diplomatic protection in the ambit of investment disputes. As the following section purports to elucidate, despite the support on traditional elements of diplomatic protection, CFIAAs seems not to entirely rely on customary international rules, due to its particular provisions ensuring the interplay with dispute prevention tools established by the treaty itself. Instead, the resurgence of diplomatic protection in CFIAAs suggests an adaptation of customary rules to function as back-up mechanism to secure investors' property rights.

6. THE ESPOUSAL OF COMPENSATORY CLAIMS UNDER CFIAAs

As stated above, the assessment of damages in CFIAA entails the application of specific rules, which set the tone for a special regime rather than a reproduction of classic standards. This section thus addresses the impact of these norms in relation to the principles enshrined in international law relating to the exercise of diplomatic protection. For that, it firstly analyses whose rights are enforced in diplomatic protection, considering the foundations of international law and the CFIAA language (6.1). Secondly, the lack of procedural rights to investors require the espousal of their claims by home states, which will have discretion upon the decision of whether or not to engage another state's international responsibility (6.2).

51. Article 28 of the VCLT.

52. AD HOC TRIBUNAL. *Pope & Talbot, Inc. v. Canada case, Award in Respect of Damages*, May 31, 2002, 41 I.L.M. 1347, 2002, § 47.

Subsequently, the exercise of diplomatic protection is subject to general rules of international law for the admissibility of claims, which may or may not be derogated according to parties will. Therefore, subsection (6.3) addresses the interaction between customary international law and CFAs for the admissibility of compensation claims. Finally, this section further identifies the application of diplomatic protection in light of practical circumstances and principles that parties impliedly enshrined in those treaties, assessing the interest of home states to espouse an investor's claim under CFAs (6.4).

6.1. *Whose Rights Are at Stake?*

The benefits conferred by CFAs to investors may raise the question as to whom are rights owed when the home states espouses a compensation claim. The traditional view regarding the rights enforced in diplomatic protection is based upon the assumption that a violation to a national's rights amounts to an indirect harm to its home state.⁵³ Accordingly, the Permanent Court of International Justice (PCIJ) had reproduced this understanding in the *Mavrommatis* case, stating that diplomatic protection aims to assert the respect of international law, through the redress of the violation suffered by its subjects.⁵⁴ That opinion was later upheld in the *Nottebohm* case, whereby the ICJ confirmed that diplomatic protection related to the defence of a state's right.⁵⁵

Zachary Douglas notes, however, that this position evolved since the first cases were brought before the ICJ, putting forward the view that the responsibility of the respondent state is engaged due to the injury suffered by an individual, whose rights are enforced by its state of nationality on his behalf.⁵⁶ This new perspective was upheld in the *Interhandel* case, in which Switzerland argued that its claim purported to seek redress for a direct injury to that state, a signatory of the agreement.⁵⁷

In this case, Switzerland aimed at executing a decision recognising the failure of the United States to comply with an international obligation concluded between them, i.e., to provide restitution of *Interhandel's* assets. Nonetheless, the Court recognised that the main claim brought by Switzerland did not relate to a direct right of the state in relation to the underlying agreement. Instead, the dispute was one "in

53. VATTEL, E. *Le droit des gens*. Paris, Livre II, Ch. VI, 1758, §§ 71-72.

54. PCIJ. *Mavrommatis Palestine Concessions case* (UK v. Greece). PCIJ Series A, n. 2, 1924, § 12.

55. ICJ. *Nottebohm case* (Liechtenstein v. Guatemala). ICJ Rep. 4, 1954, § 24.

56. DOUGLAS, Z. *Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*. *British Yearbook of International Law*, v. 74, 2003, p. 166.

57. ICJ. *Interhandel case* (Switzerland v. USA). ICJ Rep. 6, 1959, p. 28 (emphasis added).

which the Swiss Government appears as having adopted the cause of its national, Interhandel, for the purpose of securing the restitution to that Company of assets vested by the Government of the United States.”⁵⁸

Some authors have supported that the premise that states are exclusive subjects of international law is a fiction superseded by the current acknowledgement of direct rights conferred to individuals by treaties, which no longer require this artificial link.⁵⁹ Nevertheless, it is noteworthy that traditional principles of international law require that international responsibility be engaged based on the violation of an international obligation. This violation may directly cause an injury to a state, or may arise out of a treatment contrary to international law that harms an individual or a legal entity. Even though states may delegate its procedural right to enforce substantive rights to third parties,⁶⁰ Charles Visscher highlights that international responsibility belongs to the interstate level.⁶¹

The language adopted by CFIA creates, in some parts, obligations of host states towards investors of the other Party. For instance, Article 5 of the model CFIA provides that “each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to its own investors” (emphasis added).

However, as opposed to traditional IIAs, where ISDS is an available tool, parties to CFIA did not delegate the enforcement of such rights to third parties. At the international level, even though the violations of their provisions directly affect the investor’s interest, they are perceived as a delict opposable by the home state itself against the host state. Therefore, CFIA share the traditional international law stance according to which treaty parties enforce their own rights.

6.2. *The Discretion to Espouse a Claim*

Despite some may support the idea that the injury to a national’s interest would give rise to a ‘duty’ towards the state to protect its citizen,⁶² the prevailing idea, confirmed

58. *Ibid.*, p. 28 (emphasis added).

59. DOUGLAS, Z. Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of International Law*, *op. cit.*, p. 169.

60. *Ibid.*, p. 168.

61. VISSCHER, C. *Cours général de principes de droit international public*. *Recueil des Cours*, v. 86, 1954, p. 507.

62. VATTEL, E. *Le droit des gens*, *cit.*, § 71. This idea was also supported in a few domestic cases whereby the plaintiffs sought to enforce a constitutional obligation towards their home states to exercise diplomatic protection in favour of their claims. In favour of this approach, cf.

by the ICJ⁶³ is that the exercise diplomatic protection is a right to which states are entitled, not an obligation.⁶⁴ Therefore, a state has wide discretion to espouse (or not) a claim of a national. In any event, although they are not obliged to act accordingly, Article 19 of the ILC's ADP recommend states to give due consideration to exercising diplomatic protection.

In order to decide whether or not to pursue a claim to protect a national's interest, the state should primarily consider its implications to the bilateral agenda with the respondent state,⁶⁵ not to mention the possible involvement of indirect interests of third-party states. The act of initiating proceedings against another sovereign is necessarily perceived as an unfriendly move⁶⁶ that has to be weighed according to the benefits accruing from the outcome of the dispute. For private investors resorting to ISDS, however, this assessment often times is not imperative, unless the motivation to maintain a solid relationship with the host state overcomes the injury.

In CFIA's, the home state's discretion of espousing a claim is exercised since the submission of a dispute to consultations before the Joint Committee. At this first level, the investor's chances of success in persuading the home state to act on his behalf should be likely for two main reasons: first, the consensual nature of consultations, and second, the positive impact of reviewing a measure is not exclusively beneficial to one specific investor but potentially to a significant number of them.

For the sake of comparison, the persuasion of home states to act at the international stage in favour of their interests is a constant concern amongst traders who rely on the benefits of the WTO system, as the majority of disputes initiated before the WTO DSU underlie private interests.⁶⁷ By contrast, whilst traders in the WTO DSU may persuade any WTO Member, as a result of multilateral surveillance, to challenge a measure affecting their economic activity, they do not benefit from institutional channels, like the CFIA's Ombudsman, to initially frame the dispute as their own.

Von Abo v South Africa and ors, Special opposed application, Case No 3106/2007, North Gauteng High Court [GPP-HC], 29 July 2008; and against, cf. Van Zyl and ors v South Africa and ors, Appeal Judgment, Case No. 170/06, South Africa; Supreme Court of Appeal [SCA], 20 September 2007.

63. ICJ. Barcelona Traction case (Belgium v. Spain). Second Phase, ICJ Rep. 4, 1970, p. 3.
64. DOUGLAS, Z. Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, op. cit., p. 570.
65. LOWENFELD, A. Diplomatic Protection in Investment Disputes. American Society of International Law Proceedings, v. 61, 1957, p. 97.
66. BROCHES, A. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. *Recueil des Cours*, v. 136, 1972, p. 344.
67. KHO, S; BATE, M; YANOVICH, A; CASEY, B; STRAUSS, J. The EU TTIP Investment Court Proposal and the WTO Dispute Settlement System: Comparing Apples and Oranges? *ICSID Review*, v. 32, 2017, p. 329.

If the dispute ultimately remains unresolved by the Joint Committee, the continuity in a subsequent stage depends on the interest of the home state to engage in adversarial proceedings against the host state and commence arbitration. Here, the benefits of the claim should overcome the weary consequences of engaging another sovereign's international responsibility.⁶⁸

Nevertheless, although the adversarial nature of arbitral proceedings might affect negatively the decision to escalate the dispute, the overall interest of bringing a measure into compliance may still justify the political impacts of litigation. That is possible insofar as CFIA's restrict, at first place, the powers of the arbitral tribunal to declare compliance of the measure with its obligations. Moreover, the engagement in consultations before making the decision to initiate arbitration potentially provides a preview of the counterarguments the respondent may use in its defence, helping the assessment of the chances of success.

Equally on this issue, a comparison can be drawn with the decision taken by a WTO member states, after failed consultations, to request the establishment of a Panel, pursuant to Article 4 of the DSU, an adversarial procedure entailing a recommendation to bring the challenged measure into compliance with the WTO agreements. In this sense, out of 554 consultations requested to date before the WTO DSB, 261 panels were constituted following unsettled disputes.⁶⁹ If one considers the average success rate of 20% in WTO consultations, following approximately 60% of failed consultations, a panel is established, reflecting a considerable follow-up rate.

However, the situation is rather different in case an investor seeks to persuade its home state to espouse a compensatory claim for losses incurred by the challenged measure taken by the host state. As stated previously, compensatory claims depend on a special agreement concluded between the disputing-parties for the arbitral tribunal to have jurisdiction *ratione materiae* to decide them.

As Article 24 (13) of the model CFIA does not clearly define its scope of application, the individual character of a compensatory claim and the requirement of consent indicate that this is a residual alternative that might be only exercised in unusual scenarios. Nonetheless, speculating which circumstances would entail the consent of both home and host states to submit compensatory claims to arbitration requires not only a logical assessment but also the analysis of the interplay between general rules of diplomatic protection and CFIA's provisions on the admissibility of claims.

68. Cf. ICJ. Barcelona Traction case (Belgium v. Spain), *op. cit.*, p. 44.

69. WTO. Dispute settlement activity – some figures.

6.3. CFAs and the Admissibility of Claims

As stated before, states are entitled to depart from general regimes of international law and establish special rules, as confirmed by the wording of Article 16 ILC's ADP, and Article 55 ILC's ARSIWA. Moreover, in the context of diplomatic protection, Article 17 ILC's ADP precludes the applicability of this set of rules to the extent they are inconsistent with special rules created by new regimes.

Gazzini identifies distinct forms of interaction between an investment treaty and customary international rules. On the one hand, investment treaties have the ability either to codify customary law, to foster the creation and development of new rules, or to derogate from customs. On the other hand, customary rules have the possibility to define, complete and modify investment treaty rules.⁷⁰ Accordingly, the language of CFAs will be assessed in light of (i) the faculty conferred to the parties to depart from general rules and (ii) the power of general rules to influence the interpretation of treaty provisions.

Although treaty rules and customary international law are not hierarchically placed as they are equally binding on the parties, the nature of *lex specialis* will conduct the adjudicators to strictly apply the treaty clauses insofar as ambiguity and/or absence treatment require the resort to international customs.⁷¹ Treaty parties have, nonetheless, the faculty to depart from principles of customary international law by expressly drafting the treaty with that purpose.⁷² Accordingly, this subsection will further test the interaction of admissibility requirements enshrined by customary international law, as codified in the ILC's Draft Articles on Diplomatic Protection with the language of CFAs, considering the capacity of treaty parties to establish a special regime.

Firstly, the relationship between the doctrine of 'effective nationality' and the definition as to who qualifies as investors under the treaty prospectively determines the range of individuals and legal entities entitled to have access to the mechanism (6.3.1). Secondly, the peculiarities of shareholders rights are analysed considering possible restriction on the claims that may be pursued by these investors (6.3.2). Thirdly, the question remains as to whether the applicability of the rule of exhaustion of local remedies is a requirement to commence CFA state-to-state arbitration (6.3.3).

70. GAZZINI, T. The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment, *op. cit.*, pp. 691-715.

71. SEBASTIAN, T; SINCLAIR, A. Remedies in WTO Dispute Settlement and Investor-State Arbitration: Contrasts and Lessons, *op. cit.*, pp. 485, 488.

72. ROBERTS, A. Triangular Treaties: The Extent and Limits of Investment Treaty Rights, *op. cit.*, p. 363.

6.3.1. *Nationality of Investors*

First of all, the right to exercise diplomatic protection by a state is predicated by the existence of a link of nationality between the individual and that state.⁷³ Chapters II and III of the ILC's ADP establish the customary rules applicable to the nationality requirement while suggest the settlement of certain controversial issues, for the sake of the development of international law.⁷⁴ For instance, the continuous nationality requirement of Article 5 is softened in deference to a presumption of nationality in case the investor held the that nationality on the moment of the injury and presentation of the claim. Generally, the model CFIA's definition of "investor" makes reference to the rules established by home states' domestic law to assert the fulfilment of nationality. That is not, however, a consistent rule amongst CFIA's.

The Brazil-Colombia CFIA, for instance, contains a provision similar to traditional IIAs, narrowing such definition. Article 3 (1.4) defines natural person for the purposes of that agreement as a national or permanent resident from a treaty party, according to the rules of nationality applicable in that state. In the same line, according to Article 3 (1.5), legal entity is shall be constituted and organised under the laws of one party. Both definitions, however, are subject to exceptions, which will be now analysed.

Firstly, dual nationals simultaneously holding the nationality of both treaty parties are not entitled to be covered by CFIA's, unless that national has not been domiciled in the host state until the implementation of the concerned investment.⁷⁵ That is a similar rule to the Article 25 (2)(b) of the ICSID Convention, insofar as it adopts a restriction to dual nationality.

Nevertheless, CFIA's do not provide, like the ICSID Convention, for a carve-out in prejudice of investors of one party whose control is exercised by nationals of the other party. This would legitimate situations such as that of *Tokios Tokelés v. Ukraine*,⁷⁶ in which Ukrainian nationals held the majority of a national investment through a holding established under the laws of Lithuania.

Secondly, although not expressly provided in CFIA's, concerns about the effectiveness of the nationality of the natural person may give rise to admissibility objections. Some decisions and state practice support the existence of a requirement that a national shall share actual links of some nature with the state of claimed nationality. In the *Nottebohm* case, an individual holding multiple nationalities was deprived of the

73. AMERASINGHE, C. *Diplomatic Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 91.

74. *Ibid.*, p. 102.

75. Article 3 (1.4.1) of the Brazil-Colombia CFIA.

76. ICSID. *Tokios Tokelés v. Ukraine* case. ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 Apr. 2009.

benefit of having his claim espoused by a state to which he no longer held substantial ties, after thirty years living in the host state. The majority of judges suggested the incorporation of the ‘genuine link’ test into international law.⁷⁷

That position was highly criticised by the dissenting judges inasmuch as, *inter alia*, the “genuine link” requirement did not translate the deference of international law to the authority of states to affirm their own requirements of nationality, subject only to restricted limitations of fraud and abuse of rights.⁷⁸ Consequently, the reasons provided by the Court rendered Nottebohm stateless for the purpose of diplomatic protection and therefore unable to vindicate his rights for the expropriatory measure taken by Guatemala.⁷⁹

Thirdly, regarding legal entities, CFIAAs confer detailed requirements of nationality often present in IIAs. For instance, Article 3 (1.5) of the model CFIA conditions the eligibility of investors to the lawful incorporation under the laws of one party. Additionally, the investor not only has to be incorporated but also hold substantial activities in that state. That is in line with the rationale of the exceptions to the autonomy of states to establish their own requirements of nationality, *i.e.*, to avoid fraudulent actions in order to benefit from procedural arrangements.

CFIAAs set their own nationality requirements and, in this respect, like IIAs, the special regime does not require the import of general rules of diplomatic protection.⁸⁰ Moreover, CFIAAs also intend to elucidate conflicts of nationality concerning a natural person by recognising the prevalence of the law of the host state to determine the lawfulness of the acquisition thereof.⁸¹

6.3.2. Shareholders Claims

Articles 11 and 12 of the ILC’s ADP establish the extent to which shareholders may have their rights enforced by home states through diplomatic protection. As a rule, states are not entitled to exercise diplomatic protection in favour of a shareholder seeking damages for injuries suffered by the corporation of which it holds shares. Indeed, the ILC’s ADP reflect the principle that diplomatic protection must be exercised by the state of nationality of the directly injured corporation.

77. ICJ. Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala), *op. cit.*, p. 23.

78. ICJ. Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala). ICJ Rep. 4, Judge Read dissenting, 1954, pp. 38-40.

79. SLOANE, R. Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality. *Harvard International Law Journal*, v. 50, 2009, p. 16.

80. DOUGLAS, Z. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 411.

81. Article 3 (1.4) of the model CFIA.

Accordingly, the ICJ affirmed in *Barcelona Traction*, “... the mere fact that damage is sustained by both company and shareholder does not imply that both are entitled to claim compensation”, instead, “... whenever a shareholder’s interests are harmed by an act done to the company, it is to the latter that he must look to institute appropriate action.”⁸² Even though this ruling may seem straight as to limit shareholders claims to direct injury, further analysis is required to avoid misconceptions often reproduced in deference of special regimes instituted by IIAs, resulting in reflective compensations for subsidiary losses.

The converging point of incoherence is the treatment of the issue by investor-state tribunals as one of jurisdiction *ratione personae* instead of admissibility. That is consequence of the interpretation of the requisite of nationality allied with the inclusion of shareholding in the list of assets benefiting from the protection of those treaties,⁸³ as being determinative to benefit from “treaty standards as to the substance of their investments.”⁸⁴

As noted by Simma and Pulkowski, states can only play the *lex specialis* card where the special rule concerns the same subject matter of the general rule.⁸⁵ Here, the *lex specialis* provides for the access to the protection of the treaty, but does not enlarge the rights acquired by the investor; in other words, the scope of the shareholder’s rights remains untouched.

Similarly, Article 3 (1.3)(c) of the model CFIA includes “shares, stocks, participations and other equity types in an enterprise” in the definition of covered investments. The tribunal hearing the case, however, should be mindful not to overpass the strict extent to which shareholders were directly harmed. It is important to note that the espousal of claims by home states and the deference of CFIA’s to domestic laws might influence the framing of such claims in respect to the rights shareholders own pursuant to the laws of their place of incorporation.

6.3.3. *Exhaustion of Local Remedies*

The *raison d’être* of this rule is the respect of the sovereignty of host states. They have the interest of having priority over international mechanisms in resolving disputes by their own means. Article 14 ILC’s ADP defines the scope of this

82. ICJ. *Barcelona Traction* case, *op. cit.*, § 44 (emphasis added); cf. ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo* case (*Guinea v. Congo*). Preliminary Objections, 2007, § 64.

83. DOUGLAS, Z. *The International Law of Investment Claims*, *op. cit.*, p. 398.

84. ICSID. *Total v. Argentina* case. ICSID Case No. ARB04/01, Preliminary Objections, 25 August 2006, § 74.

85. SIMMA, B; PULKOWSKI, D. *Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law*, *op. cit.*, p. 488.

well-established rule of customary international law,⁸⁶ which encompasses the resort to administrative and judicial means available in the host state's legal order to redress a violation. The parties can nevertheless waive the mandatory nature of this requirement.

In the ELSI case before ICJ, the United States put forward the argument that parties could have introduced the requirement to exhaust local remedies had they intended this rule to be applicable.⁸⁷ The Chamber rejected the argument stating that it was "unable to accept that an important principle of customary international law should be held to have been tacitly dispensed with, in the absence of any words making clear an intention to do so."⁸⁸

The wording of the Article 24 of the model CFIA, triggering the jurisdiction of the arbitral tribunal, does not expressly require that local remedies shall be exhausted as a pre-condition, at least regarding the host state judicial system. One could argue that since the treaty is subject to international law, the application of the rule of exhaustion of local remedies, being part of customary international law, would be still applicable to the mechanism.

However, Article 24 (13)(b) of the model CFIA restricts the scope of the adjudicative power of the tribunal to compensatory claims that are not vested with *res judicata* effect. Moreover, in case the claim to be brought before arbitration is pending in domestic courts, the jurisdiction of the tribunal will only be exercised if the case is withdrawn. Therefore, the framework established by CFIA's impliedly set aside the rule to exhaust local remedies would inasmuch as requiring the investor to exhaust remedies provided by the host state would entail the effects of *res judicata*, and therefore would constitute a bar to jurisdiction pursuant to paragraph (13)(b).

Furthermore, there are other situations in which domestic remedies should not be required to be exhausted. Even though the ICJ and other tribunals have firmly recognised the mandatory character of such rule,⁸⁹ the balance of the interests of both the sovereign and the foreign national has influenced some decisions to rule in favour of judicial efficiency. The obligation to exhaust local remedies ought to be mitigated by the hurdles undergone by investors to have effective redress.⁹⁰ In other words, the requirement may be limited to the inability of host states to do justice.

86. ICJ. *Interhandel case (Switzerland v. USA)*. ICJ Rep. 6, 1959, § 27.

87. ICJ. *ELSI case (United States v. Italy)*. ICJ Rep. 15, 1989, § 50.

88. *Id.*, § 50 in fine (emphasis added); followed by the NAFTA tribunal *Loewen Group, Inc. v. United States*, ICSID ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003, § 160.

89. AMERASINGHE, C. *Diplomatic Protection*, op. cit., p. 143.

90. *Ibid.*, p. 149.

6.3.4. *The scope of CFIA Arbitration*

At this point, there are sufficient grounds to define CFIA's arbitration:

(i) First, the resort to arbitration is ultimately dependent on the outcome of pre-litigation steps. Indeed, the structure of CFIA's gives utmost prevalence to amicable means to resolve disputes, and these disputes will end up in arbitration in a considerably mature stage.

(ii) Second, the settlement of disputes through arbitration imposes a mainstream course, which focus on prospective remedies envisaging the modification of inconsistent measures. The enlargement of the tribunal's competence to hear compensation claims will then depend on the parties will.

(iii) Third, although CFIA's purports to create a *lex specialis* regime, with tailor-made secondary rules and admissibility requirements, as the previous subsection demonstrates, it does not establish a self-contained regime.⁹¹ Their rules still interact with other realms, such as definition of investments and investors according to domestic law and general rules applicable to the admissibility of shareholder claims.

(iv) Lastly, the predicated consent of both parties enables the conclusion that treaty parties envisaged a restricted approach to the settlement of compensation claims through CFIA's.

With that in mind, in what circumstances would treaty parties conclude an arbitration agreement to define compensation for a specific investor?

As seen above, the rule of Article 24 (13)(b) model CFIA, while barring the admissibility of claims vested with *res judicata*, allows claims still pending in domestic courts to be adjudged by arbitrators. This converges with the idea of judicial efficacy put forward above. In fact, the possibility that investors are denied domestic remedies to redress violations of their property rights are not rarely an issue.⁹² Therefore, it is of host states' interest that inefficiencies in their domestic judicial systems be solved, and ultimately do not sustain animosities in bilateral relations with counterparts.

Additionally, host states might also be willing to settle mass claims through this mechanism. Indeed, multiple claims litigated in domestic courts arising out of the same challenged measure and concerning investors of the same nationality could be

91. Simma and Pulkowski define self-contained regimes according to the level of 'regulatory thickness' combined with the extent they exclude the application of general rules. Cf. SIMMA, B; PULKOWSKI, D. *Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law*, op. cit., pp. 484-485, 490.

92. Cf. ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v. Congo)*, op. cit., §§ 68-74.

avoided by constituting a sole arbitral tribunal with competence to determine the due compensation for their losses. This possibility would save costs and discharge the host state's Judiciary of a great amount of lawsuits.⁹³

In conclusion, in spite of silencing on the requirement of exhaustion of local remedies from their scope, CFIA do enshrine the prevalence of domestic courts over international litigation for the settlement of compensation claims. That is mainly due to the subsidiary nature of state-to-state arbitration and the requirement of a special agreement between parties for the tribunal to have jurisdiction over such claims. Indeed, diplomatic protection within CFIA is a creature of its own, which parties intended to use as a back-up mechanism to ultimately secure compensation for injured investors.

7. CONCLUSIONS

Investment agreements concluded between and among states from all parts of the world are undoubtedly one of the most decisive set of agreements that currently shape the global economy. These treaties establish both the limits according to which state measures should regulate foreign investments, and the mechanisms whereby investments disputes will be settled. While traditional IIAs have placed the focus on investors' autonomy to enforce their rights, decision-makers have struggled to comprehend and conciliate the protection of private interests within a system founded on public international law. That is, even though private actors are at their frontline, these disputes are inherently waged over politics and law.

The Brazilian condition of a latecomer enabled it to observe state practices on the settlement of economic disputes in order to design a model agreement that could reflect its policy towards investment while attracting partnerships among veteran states in the investment regime.

Under this perspective, CFIA put forward a hybrid dispute settlement mechanism that relies on two main characteristics. First, the enforcement of treaty rights is exclusively implemented at the interstate level. Treaty parties may resolve disputes in a two-prong mechanism that favours mutually agreed solutions over third-party determination of compliance of measures affecting investors, within a trade-like structure. Second, although CFIA provide for institutional means for investors to participate in the taking of measures, investor-state disputes are to be primarily dealt with by domestic remedies before host states' administrative courts.

93. Cf. ROBERTS, A. State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority, *op. cit.*, pp. 47-48.

Indeed, as regards investors' procedural rights, CFIA's essentially reproduce the principle of equality of treatment already afforded in Brazilian domestic law, in favour of domestic courts as the forum available to adjudicate property claims arising out of foreign and domestic investments. Nevertheless, CFIA's relativize this principle, and establish a controversial feature. The espousal of investors' compensation claims is a tool at the reach of CFIA parties to seek redress for losses caused by challenged measures to their nationals.

This paper has argued that diplomatic protection exercised before CFIA arbitral tribunals is subject to a series of peculiarities that distinguish its practice from that exercised under customary international law. Despite introducing a waiver to the general rule of exhaustion local remedies, diplomatic protection under CFIA's is not envisaged to supersede the latter. Instead, the requirement of host state's consent narrows the scope of espousing investors' claims to exceptional circumstances where the respondent would have the interest to submit them to international arbitration.

Prospectively, there are two situations that might entail the consent of host states to the mechanism, namely the one in which justice has been denied to the aggrieved investor, including ineffective remedies, and the case of adjudication of mass claims, in deference to procedural economy.

CFIA arbitration is in reality a potential means to remedy eventual hurdles created by overloaded domestic judicial systems. Moreover, its limited scope restrains the reach of politicisation of investment disputes, although other mechanisms, such as ISDS, have proven not to be insulated from home states' political influence.⁹⁴ In fact, it remains to be seen how CFIA treaty parties will engage in arbitration to settle compensatory claims.

In conclusion, observing its overall impact, CFIA dispute settlement has seemed to address the concern raised by Koskenniemi regarding the effects the reach of 'the rule of law' has caused within pacific means of dispute settlement in international law.⁹⁵ Indeed, the Brazilian proposal swaps the central role of lawyers, taken over during the outbreak of international organisations in the second half of the twentieth century, back to governmental diplomatic bodies. That is an acknowledgment of the political feature of CFIA's as a means for states to regain their active role in leading economic cooperation.

94. On this topic, cf. GERTZ, G; JANDHYALA, S; POULSEN, L. *Legalization, Diplomacy, and Development: Do Investment Treaties de-Politicize Investment Disputes?* *World Development*, v. 107, 2018.

95. KOSKENNIEMI, M. *History of International Law: Significance and Problems for a Critical Review*. *Temple International and Comparative Law Journal*, v. 27, 2013, p. 216.

8. BIBLIOGRAPHY

Books and Articles

- ALVAREZ, J; BRINK, T. Revisiting State Necessity. In: SAUVANT (ed.) Yearbook on International Investment Law & Policy. Oxford: Oxford University Press, 2010-2011.
- AMERASINGHE, C. Diplomatic Protection. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- BROCHES, A. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. *Recueil des Cours*, v. 136, 1972.
- CRAWFORD, J. State Responsibility: The General Part. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- DOUGLAS, Z. Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of International Law*, v. 74, 2003.
- _____. The International Law of Investment Claims. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- GABRIEL, V. The New Brazilian Cooperation and Facilitation Investment Agreement: An Analysis of the Conflict Resolution Mechanism in Light of the Theory of the Shadow of the Law. *Conflict Resolution Quarterly*, v. 34, 2016.
- GAZZINI, T. The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment. *Journal of World Investment & Trade*, v. 8, 2007.
- GERTZ, G; JANDHYALA, S; POULSEN, L. Legalization, Diplomacy, and Development: Do Investment Treaties de-Politicize Investment Disputes? *World Development*, v. 107, 2018.
- KAUFFMANN-KOHLER, G. Non-Disputing State Submissions in Investment Arbitration: Resurgence of Diplomatic Protection?' in BOISSON DE CHAZOURNES et al. (eds.). *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*. Leiden: Brill, 2012.
- KHO, S; BATE, M; YANOVICH, A; CASEY, B; STRAUSS, J. The EU TTIP Investment Court Proposal and the WTO Dispute Settlement System: Comparing Apples and Oranges? *ICSID Review*, v. 32, 2017.
- KLEINHEISTERKAMP, J. O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros. In: CHEREM et al. (eds). *Comércio Internacional e Desenvolvimento: uma perspectiva brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- KOSKENNIEMI, M. History of International Law: Significance and Problems for a Critical Review. *Temple International and Comparative Law Journal*, v. 27, 2013.
- NASSER, R; SATO, N; TAKITANI, M. What is Brazil Bringing to the Table? Dispute Prevention and Resolution under the Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI). *Kluwer Arbitration Blog*, July 2017.
- PARRA, A. ICSID and the rise of bilateral investment treaties: Will ICSID be the leading arbitration institution in the early 21st Century? *American Society of international Law Proceedings Review*, v. 41, 2000.

- ROBERTS, A. Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System. *The American Journal of International Law*, v. 107, 2013.
- _____. State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority. *Harvard International Law Journal*, v. 55, n. 1, 2014.
- _____. Triangular Treaties: The Extent and Limits of Investment Treaty Rights. *56 Harvard International Law Journal*, v. 56, n. 2, 2015.
- SEBASTIAN, T; SINCLAIR, A. Remedies in WTO Dispute Settlement and Investor-State Arbitration: Contrasts and Lessons. In: HUERTA-GOLDMAN et al. *WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2013.
- SHAW, M. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- SIMMA, B; PULKOWSKI, D. Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law. *European Journal of International Law*, v. 17, 2006.
- SLOANE, R. Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality. *Harvard International Law Journal*, v. 50, 2009.
- VATTEL, E. *Le droit des gens*. Paris, Livre II, Ch. VI, 1758.
- VIDIGAL, G; STEVENS, B. Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future? *Journal of World Investment and Trade*, v. 19, 2018.
- VISSCHER, C. *Cours général de principes de droit international public*. Recueil des Cours, v. 86, 1954.
- WTO, 'Dispute settlement activity – some figures' <https://www.wto.org/english/tra-top_e/dispu_e/dispustats_e.htm#more_numbers> Accessed 9 July 2018

Permanent Court of International Justice

- Chorzów Factory (Germany v. Poland) PCIJ Series A, No. 17, 1928.
- Mavrommatis Palestine Concessions (UK v. Greece) PCIJ Series A, No. 2, 1924.

International Court of Justice

- Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v. Congo) ICJ, Preliminary Objections, 2007.
- Barcelona Traction (Belgium v. Spain), Second Phase, ICJ Rep. 4, 1970.
- ELSI (United States v. Italy), ICJ Rep. 15, 1989.
- Interhandel (Switzerland v. USA) ICJ Rep. 6, 1959.
- Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala) ICJ Rep. 4, 1954.

International Centre for the Settlement of Investment Disputes

- Loewen Group, Inc. v. United States, ICSID ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003.
- Lucchetti AS and Lucchetti Peru AS v. Peru, ICSID Case No. ARB/03/4, Award on Jurisdiction, 7 Feb. 2005.

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 Apr. 2009.

Total v. Argentina, ICSID Case No. ARB04/01, Preliminary Objections, 25 Aug. 2006.

Ad Hoc Awards

Ecuador v. United States, PCA Case No. 2012-5, Expert Opinion by Michael Reisman, 2012.

Pope & Talbot, Inc. v. Canada, Award in Respect of Damages, 31 May 2002, 41 I.L.M. 1347, 2002.

Domestic Decisions

Von Abo v South Africa and ors, Special opposed application, Case No 3106/2007, North Gauteng High Court [GPP-HC], 29 July 2008.

Van Zyl and ors v South Africa and ors, Appeal Judgment, Case No 170/06, [2007]; Supreme Court of Appeal [SCA], 20 September 2007.

Treaties and Conventions

Brazil-Colombia Cooperation and Facilitation Investment Agreement (October 10, 2015) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4714/download>> Accessed 10 June 2018.

Brazil-Ethiopia Cooperation and Facilitation Investment Agreement (April 11, 2018) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5717/download>> Accessed 20 July 2018.

Brazil-India Cooperation and Facilitation Investment Agreement (January 25, 2020) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5912/download>> Accessed 1 May 2020.

Brazil-Morocco Cooperation and Facilitation Investment Agreement (June 13, 2019) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5890/download>> Accessed 3 Aug 2020.

Brazil-Suriname Cooperation and Facilitation Investment Agreement (May 2, 2018) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5715/download>> Accessed 20 July 2018.

Brazilian Model Cooperation and Facilitation Investment Agreement (2015) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4786/download>> Accessed 1 May 2020.

International Law Commission's Articles on Diplomatic Protection (2006) <legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf> Accessed 3 July 2018.

International Law Commission's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) <legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> Accessed 14 July 2018.

North America Free Trade Agreement (1994) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6187%286%29.pdf>> Accessed 20 June 2018.

Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/.../volume-1155-i-18232-english.pdf>> Accessed 10 July 2018.

WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (1994) <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf> Accessed 12 July 2018.

Domestic Legislations

SOUTH AFRICA. Protection of Investment Act 22 of 2015, Government Gazette 606, 39514, December 15, 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- A proteção dos investidores nos acordos de cooperação e favorecimento de investimentos: perspectivas e limites, de José Augusto Fontoura Costa e Vivian Daniele Rocha Gabriel – *RArb* 49/127-155 (DTR\2016\20518);
- Investimento estrangeiro e meio ambiente: análise dos acordos brasileiros de cooperação e facilitação de investimentos, de Alebe Linhares Mesquita e Germana Parente Neiva Belchior – *RDA* 87/399-424 (DTR\2017\5553);
- Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil's traditional reluctance towards ICSID, BITS, and investor-state arbitration, de Jean Kalicki e Suzana Medeiros – *RArb* 14/57-86 (DTR\2007\888); e
- Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional, de Arnaldo Wald – *RArb* 21/9-29, *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 5/1173-1191 e *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação* 5/803-822 (DTR\2009\838).

The background features a light gray gradient with several overlapping, semi-transparent circular shapes. These circles are filled with a fine, dense pattern of thin, parallel lines that create a textured, mesh-like appearance. The overall aesthetic is clean and modern.

Arbitragem e Poder Judiciário





A) Jurisprudência Nacional Comentada



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TJSP – *Apelação Cível 1033347-81.2019.8.26.0053* – 14ª
Câm. de Direito Público – j. 19.05.2020 – v.u. – rel. Des.
Mônica Serrano – *DJe* 19.05.2020 – Áreas do Direito: Tri-
butário; Arbitragem.

Sociedade uniprofissional, composta apenas de advogados, não deve recolher o ISS sobre o faturamento, mas sobre o valor anual fixo calculado de acordo com o número de profissionais integrantes da sociedade, tendo em vista seu caráter não empresarial, sendo irrelevante a atividade de arbitragem.

Jurisprudência no mesmo sentido

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2019\590477.

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2013\256507 e JRP\2011\11740.

Veja também Doutrinas

- Inteligência do artigo 146 do CTN no regime jurídico do ISS de sociedades de profissionais liberais, de Ives Gandra da Silva Martins – *RTA* 10/133-154 (DTR\2014\20233); e
- ISS e as sociedades uniprofissionais, de Cristiano Carvalho – *RTrib* 55/158-169 (DTR\2004\875).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1033347-81.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é apelado M. ESCOBAR ADVOGADOS ASSOCIADOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), KLEBER LEYSER DE AQUINO E GERALDO XAVIER.

São Paulo, 19 de maio de 2020.

MÔNICA SERRANO

Relator

Assinatura Eletrônica

COMENTÁRIO

TRIBUTAÇÃO E ARBITRAGEM: COMENTANDO O ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TJSP NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO 1033347-81.2019.8.26.0053

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar recente precedente proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no qual se decidiu que os escritórios de advocacia e advogados especializados e com atuação em arbitragem se sujeitam ao regime especial tributário de sociedade unipessoal. O precedente é de suma importância para a comunidade, uma vez que corrobora o caráter jurisdicional da arbitragem no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem - Jurisdição Arbitral - Árbitro - Tributação - Direito Tributário.

ABSTRACT: The presente article aims at analyzing the recent precedent pronounced by the São Paulo State Court of Appeals, in which it was decided that law firms and lawyers who specialize in arbitration are subject to the special tax regime of a single-member company. The precedente is of utmost important for the arbitration community as it corroborates the jurisdictional nature of arbitration in Brasil.

KEYWORDS: Arbitration - Arbitral Jurisdiction - Arbitrator - Taxation - Tax Law.

1. O JULGADO EM COMENTO

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ("TJSP") analisou questão de crucial importância prática para aqueles que militam na área da arbitragem: a forma de tributação do que se denominou, na oportunidade, de "*atividade de arbitragem*".

No caso em tela, um escritório de advocacia teria tido seu registro de *Sociedade Uniprofissional de Profissão regulamentada* ("SUP") negado pela Fazenda Pública do Município de São Paulo. Caso aceito, o registro como SUP conferiria, ao escritório, direito ao Regime Especial de Tributação do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza ("ISS"), previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406/68¹ e regulamentando pela Lei Municipal nº 13.701/03.

Segundo consta do relato da inicial, o único motivo adotado pelo Fisco quando da negativa fora o fato de, no *site* do escritório, constar "*arbitragem*" como uma de suas áreas de atuação. De acordo com o órgão municipal, o exercício de "*mais de uma atividade de serviço (Advocacia e Arbitragem)*" excluiria a possibilidade de registro de sociedade no Regime Especial do ISS.

Diante do seu reenquadramento tributário, o escritório, então, moveu a ação de procedimento comum, com pedido de tutela antecipada, a fim de que fosse determinada sua inclusão no Regime Especial do ISS. Alegou o autor que, apesar de não haver menção expressa, no Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94 – "Estatuto da Advocacia"), as *atividades de arbitragem* compõem o escopo das *atividades de advocacia*, motivo pelo qual não ensejariam óbice ao aludido regime.

O Município apresentou contestação, na qual fez uso dos mesmos argumentos utilizados quando da negativa administrativa. Aduziu, em síntese, que "*Advocacia*"² e "*Arbitragem de qualquer espécie, inclusive jurídica*"³, seriam atividades diversas previstas na lista de atividades da Lei Complementar nº 116/2003 (que alterou o Decreto-Lei nº 406/68), de modo que o exercício de ambas importaria vedação ao Regime Especial do ISS, nos termos do art. 15, § 2º, da Lei Municipal nº 13.701/2003.

Em sede de sentença, o Juízo da 8ª Vara de Fazenda Pública da Capital/SP acolheu os argumentos oferecidos pelo autor, julgando procedente seu pedido de inclusão no Regime Especial do ISS. Irresignado, o Município ofereceu recurso de apelação, o qual teve seu provimento negado por acórdão da 14ª Câmara de Direito Público do TJSP, sob os dois mesmos fundamentos aduzidos pelo Juízo *a quo*:

(i) em primeiro lugar, a Câmara entendeu, à luz do art. 9º, § 3º do Decreto-Lei nº 406/68, que "*a sociedade uniprofissional, quanto aos seus sócios, deve ser composta por profissionais habilitados no conselho regional competente para o exercício da mesma profissão, mas não necessariamente na mesma área de especialização*"⁴; e

1. Art. 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho. [...]

§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável

2. Código 17.14.

3. Código 17.15.

4. Fl. 518 dos autos.

(ii) destacou que "a atuação na arbitragem constitui atividade jurídica, sendo que o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/94) permite que o advogado postule 'em juízo ou fora dele' (art. 5º), inclusive em causa própria, não podendo fazer distinção entre as atividades administrativas de mediação e arbitragem"⁵.

Coube, portanto, ao TJSP decidir se o exercício da arbitragem por escritório de advocacia é capaz de desnaturar sua condição de sociedade uniprofissional, ensejando a exclusão do Regime Especial do ISS. A resposta do tribunal estatal, no caso em tela, foi negativa, sendo necessário endereçar os principais fundamentos adotados pela turma julgadora para uma melhor compreensão do seu posicionamento.

2. PRIMEIRO FUNDAMENTO: ENQUADRAMENTO DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS NO REGIME SIMPLIFICADO DE TRIBUTAÇÃO DO ISS – PROFISSIONAIS REGISTRADOS SOB UMA MESMA CATEGORIA

O primeiro dos fundamentos adotados pelo acórdão não trouxe maiores inovações. De fato, a sociedade de advogados – embora se trate de formação societária com características ímpares previstas no Estatuto da Advocacia⁶ – preenche todos os requisitos para seu enquadramento na condição de sociedade uniprofissional, para fins de recolhimento do ISS sob regime especial de tributação.

É essa, aliás, a orientação já há muito adotada e, em abril de 2019, sedimentada por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 940.769/RS⁷. Em síntese, na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, por maioria⁸, definiu ser "*inconstitucional lei municipal que estabelece impeditivos à submissão de sociedades profissionais de advogados ao regime de tributação fixa em bases anuais na forma estabelecida por lei nacional*".

Em outras palavras, a Corte Suprema confirmou que serviços prestados por sociedades de advogados devem ser tributados a partir da base de cálculo *per capita*, estabelecida no regime especial de tributação previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68.

Assim, o TJSP, no caso ora em comento, nada mais fez que seguir uma orientação jurisprudencial que, como disse a Ministra Cármen Lúcia, remonta "*há duzentos anos, exatamente*"⁹.

Não obstante, ao fazê-lo, o voto condutor do acórdão jogou luz sobre dois aspectos que, embora também já consolidados, são importantes para a discussão: (i) em primeiro lugar, a irrelevância da área de especialização dos sócios (e.g. arbitragem, contencioso cível, direito societário etc.), bastando que estes pertençam à mesma profissão (advocacia); e, ainda, (ii) a possibilidade da sociedade uniprofissional contar com os serviços de profissionais de outras classes. No que se refere à primeira questão:

"pode-se concluir que a sociedade uniprofissional, quanto aos seus sócios, deve ser composta por profissionais habilitados no conselho regional competente para o exercício da mesma

5. Fl. 521 dos autos.

6. Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade simples de prestação de serviços de advocacia ou constituir sociedade unipessoal de advocacia, na forma disciplinada nesta Lei e no regulamento geral.

7. STF, RE 940.769/RS (5049597-55.2011.4.04.7100), rel. Min. Edson Fachin, j. 24.04.2019, TP, Data de DJe-198 12.09.2019.

8. Vencido apenas o Ministro Marco Aurélio.

9. Página 17 do inteiro teor do acórdão.

profissão, mas não necessariamente na mesma área de especialização [...]. A título de exemplo, considerar-se-ia sociedade uniprofissional para os fins aqui discutidos a união de dois médicos, um ortopedista e um clínico geral, ou mesmo de dois advogados, um trabalhista e um previdenciário, mas não a união de um médico e um advogado."¹⁰

A decisão é bastante lógica. Afinal, verdadeiro contrassenso seria se a caracterização da sociedade uniprofissional derivasse da área de especialização e/ou atuação de seus sócios. Ora, um profissional que atua na área tributária não é "mais advogado" do que aquele que milita no ramo societário, por exemplo. Ambos são registrados perante a Ordem dos Advogados do Brasil e, conseqüentemente, podem se associar para prestação de seus serviços. E da mesma forma vale para as demais áreas e profissões.

O segundo aspecto, por sua vez, é passível de reflexões mais profundas. Como bem aduziu o TJSP:

"há que se distinguir o sócio dos empregados, pois estes podem ser de outros ramos da ciência que não aquele da sociedade. Isso é tido como consecução de atividade meio, sem a qual não haveria como exercer a atividade fim da sociedade. É o caso, por exemplo, de contadores, secretários e demais profissionais que prestam serviços para a sociedade, e não diretamente para os clientes."¹¹

Todavia, a questão traz à baila uma precaução também endereçada pelo acórdão: não pode este corpo auxiliar tomar proporções mais significativas que a atividade-fim perseguida pelos sócios, sob pena de se desconfigurar a *personalidade* dos serviços, elemento essencial da sociedade uniprofissional. Se isso viesse a ocorrer, estar-se-ia não mais diante de uma sociedade uniprofissional, mas sim empresarial.

Essa *personalidade* (ou a falta dela), contudo, não pode ser aferida apenas a partir da proporção entre número de sócios e de empregados auxiliares – embora se trate de critério objetivo que não pode ser ignorado –, mas deve ser apurado *casuisticamente*, à luz das demais evidências e características da sociedade sob análise, como sua natureza e forma de constituição.

Foi, aliás, o que concluiu o Superior Tribunal de Justiça ("STJ"), em julgado colacionado no próprio acórdão em comento. Confira-se:

"Processual civil e tributário. Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. ISS. Tributação fixa. Art. 9º, § 3º do DL 406/68. Sociedade de médicos. Acórdão recorrido que indefere a pretensão ante o caráter empresarial da contribuinte (clínica de oncologia). Revisão. Impossibilidade. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ. [...] 2. 'As sociedades uniprofissionais somente têm direito ao cálculo diferenciado do ISS, previsto no artigo 9º, parágrafo 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, quando os serviços são prestados em caráter personalíssimo e, assim, prestados no próprio nome dos profissionais habilitados ou sócios, sob sua total e exclusiva responsabilidade pessoal e sem estrutura ou intuito empresarial' (EREsp 866.286/ES, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 29.9.2010, DJe 20.10.2010). 3. No caso dos autos, o acórdão recorrido reconheceu o caráter empresarial da recorrente, clínica de oncologia que realiza consultas, cirurgias, quimioterapia, radioterapia e internamento. Para esse mister, ponderou a organização por ela adotada para consecução dos diversos serviços médicos prestados, os quais, inclusive, demanda a participação profissionais auxiliares que a especialidade exige, o que, *in casu*, retira a personalidade do atendimento, bem como a sua constituição na forma de sociedade limitada. 4. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que as sociedades constituídas sob

10. Fls. 518 e 519 dos autos.

11. Fl. 519 dos autos.

a forma de responsabilidade limitada, justamente por excluir a responsabilidade pessoal dos sócios, não atendem ao disposto no art. 9º, § 3º, do DL 406/68, razão por que não fazem jus à postulada tributação privilegiada do ISS. [...] 6. As alegações da sociedade contribuinte de que as suas atividades estão abrangidas no conceito de sociedade simples (art. 983 e 966, parágrafo único, do CC) não infirmam a circunstância considerada pelo Tribunal de origem de que ela possui, de fato, estrutura e intuito empresarial e, por isso, não faz jus à tributação fixa do ISS.7. Agravo regimental não provido."

(STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.275.279/PR (2011/0209096-4), rel. Min. Benedito Gonçalves, 1º T., j. 07.08.2012.)

Nesse sentido, parece-nos ter andado bem, o TJSP, ao apurar as questões fáticas referentes ao escritório autor da ação quando da análise de seu enquadramento na condição de sociedade uniprofissional.

A bem da verdade, no que se refere aos critérios de enquadramento de sociedade uniprofissional, o acórdão ora comentado não inovou; mas cumpriu um papel que, surpreendentemente, ainda se faz bastante importante: o de sedimentar questões que, há muito, deveriam estar pacificadas em nosso ordenamento.

3. SEGUNDO FUNDAMENTO: ATUAÇÃO EM ARBITRAGEM QUE NÃO DESNATURA A SOCIEDADE DE ADVOGADOS

O segundo fundamento adotado pelo TJSP no acórdão unânime consistiu no reconhecimento de que inexistia distinção entre a atividade de mediação e arbitragem e a atuação perante o Poder Judiciário, para fins de incidência do Regime Especial do ISS.

Para corroborar esse entendimento, a 14ª Câmara de Direito Público ressaltou que a Estatuto da Advocacia, em seu artigo 5º, admite que o advogado postule, "*em juízo ou fora dele*", fazendo prova do seu mandato. O termo "*juízo*", no caso, parece ter sido compreendido pelo TJSP como a atuação perante o Poder Judiciário apenas, mas, de todo modo, a postulação em juízo arbitral foi admitida como equivalente.

A própria sentença de piso havia adotado o mesmo fundamento, ressaltando que as sociedades de advogados fazem jus ao regime tributário diferenciado, porque (i) não há lei que exclua da sociedade uniprofissional a atividade de arbitragem e (ii) considerando que o exercício da arbitragem tampouco é incompatível com a advocacia.

Ademais, o aresto se reportou a precedente anteriormente proferido pela própria 14ª Câmara de Direito Público que também entendeu que inexistia distinção entre a atividade do advogado na seara arbitral e em âmbito judicial no contexto de recolhimento do ISS:

"Apelação – Ação declaratória – ISSQN – Sociedade uniprofissional de advogados – DL 406/68, art. 9º, parágrafos 1º e 3º – Entendimento do STJ no sentido de que a sociedade de advogados faz jus à benesse – EAOAB, art. 5º – Irrelevância das atividades de mediação e arbitragem – Recurso desprovido." (TJSP, AC 1008846-39.2014.8.26.0053, rel. Des. Octavio Machado de Barros, 14ª Câm. Dir. Públ., j. 06.08.2015.)

Trecho do voto:

"Como o Estatuto da Advocacia e da OAB – Lei nº 8.906/94 – permite que o advogado postule '*em juízo ou fora dele*' (art. 5º), inclusive em causa própria, não se pode fazer distinção entre as atividades administrativas de mediação e arbitragem, com vistas à incidência do ISS sobre o faturamento da sociedade de advogados, como quer o fisco municipal."

Em outro precedente citado pelo acórdão em comento, a 15ª Câmara de Direito Público proferiu decisão similar e se aprofundou um pouco mais, para esclarecer que a atuação em arbitragem somente não poderia se enquadrar no tratamento especial caso se referisse ao trabalho exercido pelas câmaras de arbitragem e mediação, que não devem exercer atividade advocatícia:

"Apelação cível e reexame necessário – Mandado de segurança – ISS – Sociedade de Advogados – Tributação na forma fixa anual nos termos do § 1º do art. 9º do Decreto-lei 406/68 – Alegação de conjugação do exercício de advocacia com arbitragem – Inocorrência – Advogados que atuam no 'contencioso estratégico e procedimentos de arbitragem e mediação' inerente ao exercício profissional – Inexistência de atividade cumulativa – Sociedade uniprofissional caracterizada – Sentença mantida – Recurso oficial que se considera interposto – Recursos improvidos." (TJSP, AC 1049414-58.2018.8.26.0053, Rel. Des. Eutálio Porto, 15ª Câm. Dir. Públ., j. 07.11.2019.)

Trecho do voto:

"Mas, ao que se observa, o que realiza o impetrante é a atuação de representação jurídica em casos que envolvam arbitragem e mediação, constando no site a seguinte informação 'a Siqueira Castro conta com um departamento dedicado ao contencioso estratégico e procedimentos de arbitragem e mediação, [...] nossa equipe atua de forma ampla no desenvolvimento de análises de risco e estratégias jurídicas, com o objetivo de obter resultados favoráveis no menor tempo possível'.

De modo que não existe nenhum documento que indique que o impetrante seja uma câmara de arbitragem e mediação, mesmo porque para isso exigiria uma organização jurídica específica, que não pode, inclusive, se misturar ao exercício da advocacia por vedação expressa do art. 16 da Lei nº 8906/94."

Nesse particular, no julgado suprarreferido, mencionou-se precedente proferido pelo Tribunal de Ética da OAB, que proibiu que as atividades de câmaras arbitrais se desenvolvam no mesmo local ou em conjunto com o exercício advocatício, por não se tratar de atividade privativa da advocacia, nos termos da Resolução 13/97 do TED¹²:

"Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem – Pretensão de exercício de tais atividades no mesmo espaço físico do escritório de advocacia – Impossibilidade – Insuperáveis óbices éticos e estatutários. As Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem não se dedicam a atividades privativas da advocacia, razão pela qual não podem se desenvolver no mesmo local ou em conjunto com o exercício advocatício, conforme Resolução 13/97 do TED. I. Não se trata apenas de exercício profissional concomitante com outra atividade não advocatícia, por si só vedada, mas o funcionamento de Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem no mesmo espaço físico de escritório de advocacia, ainda que com salas de espera distintas, também pode potencialmente propiciar a captação indevida de causas e clientes, afrontando o artigo 34, IV do Estatuto, artigo 5º e 7º do Código de Ética, entre outros dispositivos." (Processo E-4.896/2017, v. u., j. 21.09.2017, do parecer e ementa do Rel. Dr. Sérgio Kehdi Fagundes, Rev. Dr. Aluisio Cabianca Berezowski – Presidente Dr. Pedro Paulo Wendel Gasparini.)

12. Resolução 13/97: *"O exercício advocatício não pode desenvolver-se no mesmo local e em conjunto com qualquer profissão não advocatícia, individual ou em sociedade, e nem ser anunciado, privada ou publicamente, em conjunto com outra atividade profissional. A participação do advogado como membro de uma entidade não advocatícia, em qualquer condição, deve conservar nítida e absoluta separação em relação ao exercício da advocacia. Tais exigências constituem princípios basilares da proteção da inviolabilidade da sede profissional, do resguardo do sigilo dos arquivos, registros e meios de comunicação, e preservação da independência e liberdade de atuação. Direitos de proteção tais que se estendem a todos instrumentos de trabalho, ainda que em trânsito, ou fora da sede profissional."*

Finalmente, no julgado ora analisado, a 14ª Câmara de Direito Público prestigiou entendimento do Superior Tribunal de Justiça no qual se aduziu que as sociedades uniprofissionais de advogados fazem jus ao tratamento tributário especial "qualquer que seja o conteúdo de seus contratos sociais", o que incluiria a atividade arbitral:

"[...] A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que as sociedades uniprofissionais de advogados, qualquer que seja o conteúdo de seus contratos sociais, gozam do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n. 406/68, não recolhendo o ISS sobre o faturamento, mas em função de valor anual fixo relativo a cada profissional [...]" (STJ, REsp 1.266.860/SP, 2ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 20.10.2011.)

Sendo assim, não restam dúvidas de que o precedente do TJSP foi de grande valia à comunidade arbitral, sobretudo por reforçar a equiparação da atividade arbitral com a atuação no âmbito do Poder Judiciário. Na sua essência, aliás, tal entendimento corrobora a natureza *jurisdicional* (ou *mista*, a depender do posicionamento doutrinário) da arbitragem.

4. IMPORTÂNCIA INEQUÍVOCA DO PRECEDENTE: O CARÁTER JURISDICIONAL DA ARBITRAGEM E A SINTONIA ENTRE OS JUÍZOS ESTATAL E ARBITRAL

Atualmente, a maior parte da doutrina caracteriza a arbitragem como meio *adequado* de solução de disputas fora do âmbito do Poder Judiciário, valendo tomar-se como referência a valiosa definição conferida pelo Professor Carlos Alberto Carmona:

"[a] arbitragem é uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial."¹³

Forma-se, então, um tribunal privado investido de poderes decisórios para solucionar determinada controvérsia submetida a ele, visto que a decisão proferida pelo tribunal arbitral terá a mesma eficácia de uma sentença judicial. Denota-se, com isso, a natureza de *jurisdição* da arbitragem, embora, doutrinariamente, haja posicionamentos distintos quanto à sua natureza.

Nesse sentido, a parte majoritária da doutrina adotava a teoria publicista da arbitragem, que compreende o juízo arbitral como detentor de *autoridade jurisdicional*¹⁴. O próprio artigo 31 da Lei de Arbitragem corrobora esse entendimento, porquanto estabelece a equiparação dos efeitos da sentença arbitral a uma sentença judicial, bem como a sua caracterização como título executivo, quando condenatória¹⁵.

13. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15.

14. Defendendo a natureza jurisdicional da arbitragem, citem-se: Carlos Alberto Carmona (*Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 26-27), Cândido Rangel Dinamarco (*A Arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo: Malheiros, 2013. p. 37-41) e Pedro Batista Martins (*Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 218-222). Em sentido contrário, Cassio Scarpinella Bueno (*Curso sistematizado de processo civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1, p. 51).

15. "Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo".

Contudo, outra relevante parcela da doutrina adotava a teoria *privatista* da arbitragem¹⁶, caracterizando a arbitragem como um *negócio jurídico* entre as partes que a ela consentiram¹⁷, de maneira que os poderes decisórios do tribunal arbitral estariam adstritos à extensão da convenção de arbitragem e ao acordo das partes¹⁸.

O posicionamento intermediário consiste na teoria *mista* da arbitragem, que contempla, simultaneamente, a sua natureza *contratual e jurisdicional*. Segundo esta teoria, enquanto a jurisdição estatal é imposta a todos, a arbitragem somente ocorrerá se houver consenso entre as partes para a ela se sujeitar, muito embora o árbitro não esteja, propriamente, vinculado ao Poder Judiciário¹⁹.

Ainda assim, a posição mista admite a importância do juízo estatal para a arbitragem, sobretudo quanto à necessidade de intervenção do Poder Judiciário em casos de recusa ao cumprimento da sentença arbitral e recalitrância da parte²⁰.

De todo modo, o texto da própria Lei de Arbitragem confere ao instituto algumas características compartilhadas com a jurisdição estatal, de modo que é possível afirmar que se reconhece, em grande extensão, o caráter jurisdicional da arbitragem²¹.

Sob o enfoque do julgado em comento, ao reconhecer a equiparação da atividade advocatícia na arbitragem e no Poder Judiciário, vê-se que o TJSP prestigia, ao mesmo tempo, a natureza jurisdicional da arbitragem e a sintonia entre os juízos arbitral e estatal, que são colocados em "pé de igualdade" – sem se ignorar as respectivas limitações aplicáveis –, inclusive para fins fiscais.

5. CONCLUSÃO

Em última análise, deve ser visto com críticas o entendimento do Fisco paulistano de que o exercício na arbitragem descaracterizaria a sociedade uniprofissional que faz jus ao regime diferenciado do ISS, sob os argumentos de que a atuação em arbitragem não poderia ser considerada atividade advocatícia contemplada pelo Regime Especial.

Como consequência deste posicionamento, o profissional, advogado ou árbitro, teria que realizar o pagamento do imposto com base na sua receita, e não no valor fixo da sociedade uniprofissional, que é conferido aos escritórios de advocacia. Não há dúvidas de que há um potencial extremamente lesivo a todos os agentes envolvidos na atividade arbitral caso não seja rechaçado esse entendimento.

16. Contudo, Luiz Roberto Ayoub critica a visão privatista da arbitragem porquanto "[c]umpre registrar que a doutrina processual moderna, em sua grande maioria, não mais admite a natureza contratual do instituto da arbitragem, uma vez que o novo diploma legal confere força obrigacional à sentença arbitral, com os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Poder Judiciário" (*Arbitragem: O Acesso à Justiça e a Efetividade do Processo – Uma Nova Proposta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 26).

17. CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 82-83; e GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. O Uso da Medida Cautelar no Procedimento Arbitral. In: LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 137.

18. CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 82-83.

19. CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 14.

20. *Idem*.

21. Além do art. 31 da Lei de Arbitragem, há, ainda, o art. 18 do mesmo diploma legal, que coloca o árbitro como "*juiz de fato e de direito*", equiparando-o aos magistrados do Poder Judiciário.

Portanto, o risco de se adotar a posição defendida pelo Fisco não se restringe a um ou outro escritório de advocacia que viria a ter sua receita afetada por um aumento da carga tributária, mas gera uma externalidade negativa capaz de macular o exitoso trabalho que vem sendo feito no sentido de sedimentar o Brasil enquanto uma potência na arbitragem.

Nesse sentido, não custa rememorar, como bem fez a Ministra Cármen Lúcia, que "o poder de tributar, mesmo de forma enviesada, é o poder de destruir também a independência não só da OAB como também da atuação dos Advogados"²². Pois é justamente isso que se procura evitar.

À guisa de conclusão, a situação, que em um primeiro momento pode parecer simples, é capaz de gerar consequências muito sérias para os atuantes em arbitragem, motivo pelo qual o acórdão proferido pela 14ª Câmara de Direito Público do TJSP, aqui comentado, deve ser visto de forma positiva para a comunidade arbitral, eis que enaltece a atividade arbitral ao alçá-la à honrosa atuação perante o Poder Judiciário.

MARCELA MELICHAR SUASSUNA

*LL.M. em International Business Regulation, Litigation and Arbitration pela New York University. Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.
marcelams@wald.com.br*

BERNARDO VIEIRA KLÜPPEL CARRARA

*MBA em Compliance e Governança Corporativa pela Universidade de Brasília. Graduado pela Universidade de Brasília. Advogado.
bernardo.vieira@wald.com.br*

22. STF, RE 94.0769/RS (5049597-55.2011.4.04.7100), rel. Min. Edson Fachin, j. 24.04.2019, TP, DJe-198 12.09.2019. Fl. 17 do Inteiro Teor do Acórdão.

APELAÇÃO CÍVEL nº 1033347-81.2019.8.26.0053 - São Paulo

APELANTE: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

APELADO: M. ESCOBAR ADVOGADOS ASSOCIADOS

VOTO Nº 16443

APELAÇÃO - Imposto Sobre Serviços – Sociedade Uniprofissional – Sociedade composta apenas de advogados – Inexistência de vínculos empregatícios – Fiscalização que não elidiu o caráter uniprofissional da sociedade, a qual faz jus ao regime tributário especial do art. 9º, par. 1º e 3º - Irrelevância da atividade de arbitragem - Sentença mantida – **RECURSO DESPROVIDO.**

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou procedente a ação, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, a fim de declarar a autora como sociedade uniprofissional e condenando a autora na obrigação de fazer consistente na inclusão da autora no regime especial de recolhimento do ISS.¹

Em síntese, sustenta a apelante que o serviço de arbitragem não está previsto no rol taxativo de serviços do art. 9, §3º, do Decreto-Lei nº 406/1968, sujeitos à tributação especial pelo Regime das Sociedades Uniprofissionais, o que, por si só, inviabiliza o requerimento de reenquadramento formulado pela sociedade autora. Ademais, a legislação municipal que rege o tema exige que todos os profissionais da sociedade estejam habilitados para o exercício da mesma atividade.

Contrarrazões às fls. 489/508.

É o relatório.

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza é regulamentado de maneira geral pela Lei Complementar nº 116/03, a qual deixou de vetar uma série de dispositivos da antiga norma que tratava da matéria (Decreto-Lei nº 406/68), dentre eles o artigo 9º e alguns de seus parágrafos, os quais se referem à base de cálculo utilizada para o tributo. No que tange às sociedades uniprofissionais, confira-se os parágrafos 1º e 3º:

Art 9º A base de cálculo do impôsto é o preço do serviço.

§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

¹ Valor da causa: R\$50.000, em 01/07/2019

§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.

Daí se extraem os primeiros requisitos para que as sociedades de profissionais gozem do regime especial de tributação: profissional habilitado que, sendo sócio, empregado ou não, preste serviços em nome da sociedade assumindo responsabilidade pessoal.

Dessa sorte, da análise minuciosa desse regramento pode-se concluir que a sociedade uniprofissional, quanto aos seus sócios, deve ser composta por profissionais habilitados no conselho regional competente para o exercício da mesma profissão, mas não necessariamente na mesma área de especialização. Tal fato é de suma importância tendo em vista a constante descaracterização, pelo fisco, de sociedades cujos profissionais atuam em diferentes espectros da mesma profissão. A título de exemplo, considerar-se-ia sociedade uniprofissional para os fins aqui discutidos a união de dois médicos, um ortopedista e um clínico geral, ou mesmo de dois advogados, um trabalhista e um previdenciário, mas não a união de um médico e um advogado.

Nesse sentido, ensina Kiyoshi Harada :

“O fisco de São Paulo vem promovendo o desenquadramento, com efeito retroativo, dessas sociedades quando elas são compostas por sócios pertencentes a especialidades diferentes, ainda que integrantes do mesmo ramo do conhecimento científico.

Assim, para o fisco paulistano não pode um engenheiro civil associar-se com um engenheiro industrial, sob pena de descaracterização da sociedade uniprofissional. Se isso fosse correto um advogado criminalista não poderia associar-se com um advogado tributarista. Esse procedimento do fisco paulistano não encontra amparo na jurisprudência do E. TJESP que

não distingue as diversas modalidades de uma mesma área de conhecimento científico para fins tributários.”

Ainda, há que se distinguir o sócio dos empregados, pois estes podem ser de outros ramos da ciência que não aquele da sociedade. Isso é tido como consecução de atividade meio, sem a qual não haveria como exercer a atividade fim da sociedade. É o caso, por exemplo, de contadores, secretários e demais profissionais que prestam serviços para a sociedade, e não diretamente para os clientes. Entretanto, um excessivo inchaço nesse corpo de funcionários auxiliares pode ser entendido como elemento de empresa, seja pela impessoalidade da prestação do serviço, seja pelo porte adquirido. Com efeito, assim já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto (AgRg nos EDcl no REsp 1275279/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 10/08/2012):

“No caso dos autos, o acórdão recorrido reconheceu o caráter empresarial da recorrente, clínica de oncologia que realiza consultas, cirurgias, quimioterapia, radioterapia e internamento. Para esse mister, ponderou a organização por ela adotada para consecução dos diversos serviços médicos prestados, os quais, inclusive, demandam a participação de profissionais auxiliares que a especialidade exige, o que, in casu, retira a pessoalidade do atendimento, bem como a sua constituição na forma de sociedade limitada.”

No presente caso, analisando-se o documento de fls. 34/42, verifica-se que a impetrante é sociedade, constituída exclusivamente por advogados, inscritos na OAB, cujo objeto social é a prestação de serviços de advocacia, não se observando caráter empresarial ou comercial.

Assim sendo, é possível concluir-se que a impetrante é sociedade uniprofissional, de modo que faz jus ao regime tributário especial

estabelecido pelo art. 9º, §§ 1º e 3, do Decreto-Lei n. 406/1968, não devendo recolher o ISS sobre o faturamento, mas, sim, sobre o valor anual fixo calculado de acordo com o número de profissionais que integram a sociedade.

O argumento utilizado pela municipalidade referente ao exercício de arbitragem pela autora não prospera.

O que se observa dos autos é apenas uma consulta ao sítio eletrônico da autora, sendo vedado ao Poder Público atuar por mera presunção, posto que, em matéria tributária, o tipo normativo tem que estar acompanhado de prova inequívoca da existência do fato gerador.

Ademais, a atuação na arbitragem constitui atividade jurídica, sendo que o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/94) permite que o advogado postule “em juízo ou fora dele” (art. 5º), inclusive em causa própria, não podendo fazer distinção entre as atividades administrativas de mediação e arbitragem, com vistas à incidência do ISS sobre o faturamento da sociedade de advogados, como quer o fisco Municipal.

Neste sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL DE ADVOGADOS. ISS. RECOLHIMENTO COM BASE EM VALOR FIXO ANUAL. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO PREVISTO NO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI 406/68.

1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que as sociedades de advogados, que não possuem natureza mercantil e são uniprofissionais, gozam do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/1968, não recolhendo o ISS com base no seu faturamento bruto, mas sim no valor fixo anual calculado de acordo com o número de profissionais que as integram.

2. Recurso Especial não provido.

(REsp 1740420/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2018)

No mesmo sentido, já decidiu esta Câmara:

APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA – ISSQN – Sociedade uniprofissional de advogados - DL 406/68, art. 9º, parágrafos 1º e 3º - Entendimento do STJ no sentido de que a sociedade de advogados faz jus à benesse – EAOAB, art. 5º - Irrelevância das atividades de mediação e arbitragem - Recurso desprovido.

(Apelação Cível 1008846-39.2014.8.26.0053; Relator (a): Octavio Machado de Barros; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 13ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/08/2015; Data de Registro: 07/08/2015)

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO - Mandado de Segurança - ISS - Sociedade de Advogados - Tributação na forma fixa anual nos termos do § 1º do art. 9º do Decreto-lei 406/68 - Alegação de conjugação do exercício de advocacia com arbitragem - Inocorrência - Advogados que atuam no "contencioso estratégico e procedimentos de arbitragem e mediação" inerente ao exercício profissional – Inexistência de atividade cumulativa - Sociedade uniprofissional caracterizada - Sentença mantida - Recurso oficial que se considera interposto - Recursos improvidos.

(Apelação Cível 1049414-58.2018.8.26.0053; Relator (a): Eutálio Porto; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 7ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 07/11/2019; Data de Registro: 12/11/2019)

Portanto, a r. sentença deve ser mantida.

Do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

MÔNICA SERRANO

Relatora



B) Jurisprudência Nacional Anotada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ – *AgIn no EDcl no Ag em Recurso Especial 1509509/SP* –
4ª T. – j. 09.03.2020 – v.u. – rel. Min. Marco Buzzi – *DJe*
16.03.2020 – Áreas do Direito: Arbitragem; Processual.

Previsão contratual de convenção de arbitragem enseja reconhecimento da competência do juízo arbitral para dirimir questões sobre a existência, validade e eficácia da cláusula.

Veja também Doutrinas

- Aspectos contratuais da cláusula compromissória, de Isabela Lacreta – *RDE 20/243-276 (DTR\2016\24314)*;
- Existência, validade e eficácia da convenção arbitral, de Fernanda Sirotsky Scaletscky, Marcelo Cândido de Azevedo e Pedro Ricardo Serpa – *RDE 3/321-351 (DTR\2014\2689)*; e
- Princípios da arbitragem: o princípio *kompetenz-kompetenz* e suas consequências, de Viviane Rosolia Teodoro – *RArb 51/221-248 (DTR\2016\24736)*.

AgInt nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1509509 - SP (2019/0147323-1)

RELATOR : **MINISTRO MARCO BUZZI**
AGRAVANTE : **MORAIRA COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA**
ADVOGADO : **FELIPE ZORZAN ALVES - SP182184**
AGRAVADO : **VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA**
ADVOGADOS : **ANA PAULA HUBINGER ARAUJO - SP124686**
: **MARK KREIDEL - SP183173**
: **MAYLA TANNUS CARNEIRO TORRES DA COSTA - SP259730**
: **AMANDA SILVA NASI - SP401094**
INTERES. : **A.P.H ARAUJO - SOCIEDADE DE ADVOGADOS**
ADVOGADOS : **MARK KREIDEL - SP183173**
: **MAYLA TANNUS CARNEIRO TORRES DA COSTA - SP259730**
: **AMANDA SILVA NASI - SP401094**

EMENTA

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO E NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO.

INSURGÊNCIA RECURSAL DA AGRAVADA.

1. A Corte de origem dirimiu a matéria submetida à sua apreciação, manifestando-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide, de modo que, ausente qualquer omissão, contradição ou obscuridade no aresto recorrido, não se verifica a ofensa aos artigos 489 e 926 do CPC/15.

2. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, a previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre o Poder Judiciário as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. Incidência da Súmula 83/STJ.

3. Para o acolhimento do apelo extremo, no sentido de verificar se a cláusula compromissória está prevista no contrato celebrado entre as partes, seria imprescindível derruir as conclusões a que chegou o órgão julgador, o que, forçosamente, ensejaria em interpretação de cláusulas contratuais e em revolvimento de matéria fático-probatória, atraindo os óbices das Súmulas 5 e 7/STJ. Precedentes.

4. Agravo interno desprovido.

COMENTÁRIO

NOTA SOBRE O AGINT NOS EDCL NO ARESP 1.509.509/SP

I. INTRODUÇÃO

Em 9 de março de 2020, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça ("STJ"), ao julgar o Agravo Interno no Recurso Especial 1.509.509/SP, de relatoria do Min. Marco Buzzi, reconheceu que a existência de cláusulas de solução de controvérsia que sejam incompatíveis entre si em contratos coligados não atrai toda e qualquer controvérsia oriunda da relação contratual ao Judiciário, permanecendo válidas as cláusulas compromissórias.

II. BREVE RESUMO DOS FATOS

As Partes, Moraira Comércio de Alimentos Ltda. ("Moraira") e Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda. ("VW"), firmaram uma cadeia de instrumentos contratuais, quais sejam: (i) o "Formulário de Cadastramento de Fornecedor", (ii) o "Memorial Descritivo – Prestação de Serviços de Administração de Lanchonetes", (iii) o "Pedido de Compra" e (iv) as "Condições Gerais e Especiais de Compra", para viabilizar a prestação de serviços de administração de lanchonetes.

Em todos esses instrumentos, foi pactuada cláusula compromissória submetendo eventuais litígios à arbitragem administrada pelo Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio de São Paulo (AMCHAM).

Já no contrato de comodato de áreas para a instalação das lanchonetes, também avençado entre as Partes, constou cláusula de eleição do foro da Comarca de São Bernardo do Campo/SP.

Sobreveio controvérsia relacionada à prestação de serviços de administração de lanchonetes e VW recorreu ao juízo arbitral para obter a declaração de resolução dos contratos por culpa de Moraira.

Moraira passou a defender, então, que a disputa não poderia ser resolvida pela via arbitral, devendo prevalecer a cláusula de eleição de foro constante do contrato de comodato.

III. CONCLUSÕES DO STJ

O STJ entendeu que a cláusula de eleição de foro do contrato de comodato não afeta a existência de cláusula compromissória pactuada entre as partes em outros instrumentos referentes à prestação de serviços de administração de lanchonete.

Reconheceu, ao ratificar as decisões proferidas em segundo grau, que a vontade das partes de submeter os litígios decorrentes da relação principal de prestação de serviços à arbitragem é revelada pela inexistência de hipótese de exclusão claramente especificada em qualquer um dos contratos coligados.

Assim, a cláusula de eleição de foro do contrato de comodato não invalida as cláusulas compromissórias que foram invocadas para solucionar questões referentes à prestação de serviços, e não específicas do contrato nominado de comodato.

N.R.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília, 09 de março de 2020 (Data do Julgamento)

Ministro Marco Buzzi
Relator

**AgInt nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.509.509 - SP
(2019/0147323-1)**

RELATOR : **MINISTRO MARCO BUZZI**
AGRAVANTE : MORAIRA COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : FELIPE ZORZAN ALVES - SP182184
AGRAVADO : VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS
AUTOMOTORES LTDA
ADVOGADOS : ANA PAULA HUBINGER ARAUJO - SP124686
MARK KREIDEL - SP183173
ADVOGADOS : MAYLA TANNUS CARNEIRO TORRES DA COSTA -
SP259730
AMANDA SILVA NASI - SP401094
INTERES. : A.P.H ARAUJO - SOCIEDADE DE ADVOGADOS
ADVOGADO : MARK KREIDEL - SP183173
ADVOGADOS : MAYLA TANNUS CARNEIRO TORRES DA COSTA -
SP259730
AMANDA SILVA NASI - SP401094

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator): Cuida-se de agravo interno, interposto por **MORAIRA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, contra decisão monocrática de lavra deste signatário (fls. 1379-1388, e-STJ), que conheceu do agravo para negar provimento ao reclamo da ora insurgente.

O apelo extremo, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, objetivou reformar acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fls. 970-971, e-STJ):

ARBITRAGEM CONTRATOS COLIGADOS - Apesar do contrato nominado de "comodato" ajustado entre as partes não conter pacto de convenção de arbitragem, mas sim cláusula de foro de eleição, é de se reconhecer a existência de válida e eficaz convenção de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória, pactuada entre as partes, em outros instrumentos por elas firmados, referentes ao contrato coligado e principal de prestação de serviços de administração de lanchonetes celebrado pelas partes, porque: (a) a presente demanda tem por objeto questões referentes ao contrato de prestação de serviços ajustado entre as partes e não específicas do contrato nominado de "comodato", mas atípico, por conter previsões estranhas ao comodato, pela existência de interesse econômico do comodante, que é coligado e acessório, por servir de meio para a execução do contrato principal de prestação de serviços de administração de lanchonete; (b) a vontade clara da partes de submeter os litígios decorrentes, envoltentes, relacionados, pertinentes, derivados ou resultantes de certa relação jurídica objeto do contrato principal de prestação de serviços à solução de arbitragem é revelada pela inexistência de hipótese de exclusão claramente especificada em qualquer

um dos contratos coligados, principal e acessório; e (c) nessa situação, a cláusula de foro de eleição do contrato acessório não invalida a cláusula compromissória do contrato principal coligado - Competência do Juízo arbitral para deliberar sobre as questões discutidas no presente feito, que compreendem a alegação e pretensão de resolução dos contratos ajustados entre as partes, por culpa da ré, e responsabilidade dela por danos materiais e morais decorrentes, impondo-se, em consequência, o julgamento de extinção do processo, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 485, VII, do CPC/2015, em razão do acolhimento da alegação da existência de convenção de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória. Recurso provido.

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (fls. 1047-1054, e-STJ).

Nas razões do recurso especial (fls. 1058-1074, e-STJ), a insurgente alegou, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos artigos 489, *caput*, § 1º, IV, 926 do CPC/15, e 4º, § 2º, da Lei 9.307/96.

Contrarrazões às fls. 1299-1315, e-STJ.

Em juízo de admissibilidade (fls. 1318-1319, e-STJ), negou-se processamento ao reclamo, dando ensejo ao agravo de fls. 1332-1343, e-STJ, buscando destrancar o processamento daquela insurgência.

Em decisão monocrática (fls. 1379-1388, e-STJ), negou-se provimento ao recurso especial, ante: **a)** ausência de negativa de prestação jurisdicional ou de deficiência na fundamentação do julgado; **b)** conformidade do entendimento do Tribunal de piso com a jurisprudência desta Corte Superior, no tocante à competência do Juízo arbitral, atraindo o teor da Súmula 83/STJ; **c)** a alteração das conclusões contidas no *decisum*, quanto à existência de cláusula compromissória no contrato celebrado entre as partes, demanda o reexame de cláusulas contratuais e do conjunto fático e probatório dos autos, incidindo o teor das Súmulas 5 e 7/STJ.

Embargos de declaração opostos e rejeitados (fls. 1414-1419, e-STJ).

Daí o presente agravo interno (fls. 1422-1440, e-STJ), no qual a agravante reitera os argumentos lançados nas razões do apelo extremo, insiste na tese de deficiência na fundamentação do julgado e refuta a aplicação dos supracitados óbices.

Impugnação às fls. 1443-1463, e-STJ.

É o relatório.

EMENTA

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO E NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO.

INSURGÊNCIA RECURSAL DA AGRAVADA.

1. A Corte de origem dirimiu a matéria submetida à sua apreciação, manifestando-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide, de modo que, ausente qualquer omissão, contradição ou obscuridade no aresto recorrido, não se verifica a ofensa aos artigos 489 e 926 do CPC/15.

2. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, a previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre o Poder Judiciário as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. Incidência da Súmula 83/STJ.

3. Para o acolhimento do apelo extremo, no sentido de verificar se a cláusula compromissória está prevista no contrato celebrado entre as partes, seria imprescindível derruir as conclusões a que chegou o órgão julgador, o que, forçosamente, ensejaria em interpretação de cláusulas contratuais e em revolvimento de matéria fático-probatória, atraindo os óbices das Súmulas 5 e 7/STJ. Precedentes.

4. Agravo interno desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator): O agravo interno não merece acolhida, porquanto os argumentos tecidos pela agravante são incapazes de infirmar a decisão objurgada, motivo pelo qual merece ser mantida na íntegra por seus próprios fundamentos.

1. A agravante insiste na alegação de deficiência de fundamentação e omissão, pelo Tribunal de origem, em analisar tese relevante ao deslinde da controvérsia, qual seja, a de ausência de anuência com a cláusula compromissória e de invalidade da referida disposição.

Todavia, constata-se, da leitura do aresto objurgado, que o apontado vício não se configura, na medida em que a Corte Estadual, ao apreciar os recursos interpostos pela parte, dirimiu a controvérsia e decidiu as questões postas à

apreciação de forma ampla e fundamentada, sem omissões, expondo os motivos para o provimento do recurso interposto pela requerida, manifestando-se de forma expressa acerca da cláusula compromissória, consoante seguintes trechos do julgado (fls. 974-978, e-STJ):

2. A pretensão recursal da agravante é de reforma da r. decisão agravada, “para que seja reconhecida a incompetência do Poder Judiciário para conhecer e julgar a ação de origem, haja vista a existência de cláusula compromissória pactuada entre as partes”.

3. Reforma-se a r. decisão agravada, para julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, com base no art. 485, VII, do CPC/2015, em razão do acolhimento da alegação da existência de convenção de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória.

3.1. O ponto controvertido compreende o reconhecimento da existência de convenção de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória, constantes de contrato de prestação de serviços de administração de lanchonetes celebrado entre as partes no caso dos autos, por instrumentos nominados de (i) “Formulário de Cadastramento de Fornecedor”, (ii) “Memorial Descritivo - Prestação de Serviços de Administração de Lanchonetes”, (iii) “Pedido de Compra” e (iv) “Condições Gerais e Especiais de Compra” -, ou não, uma vez que o contrato de comodato, também avençado entre as partes, com expressa referência à prestação de serviços de administração de lanchonetes, não contém sem pacto de convenção de arbitragem, seja por compromisso arbitral, seja por cláusula compromissória, mas sim cláusula de foro de eleição.

3.2. Na espécie, agravante e agravada firmaram documento denominado “Pedido de Compra”, segundo o qual a agravada obrigava-se à prestação de serviços de lanchonete, com sistema de atendimento misto, nas plantas das fábricas da agravante (fls. 748/798), nos termos do disposto no “Memorial Descritivo”

apresentado em momento anterior à contratação (fls. 49/77), com posterior assinatura de “Formulário de Cadastramento de Fornecedor” (fls. 799/805), nos quais restou pactuada cláusula compromissória (fls. 53, 796 e 803), que obriga as partes a submeterem à arbitragem a ser realizada pelo Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio de São Paulo (Centro de Arbitragem da Amcham/SP) eventuais controvérsias ou divergências oriundas da relação jurídica estabelecida entre as partes, não sendo “vedado às Partes recorrer ao Poder Judiciário para a obtenção de medidas cautelares ou outras que não possam ser obtidas no âmbito da legislação arbitral brasileira e/ou do Regulamento, ou que, mesmo obtidas pela Parte interessada, não forem cumpridas pela Parte afetada, nas situações em que a decretação das medidas dessa natureza seja imprescindível para assegurar à Parte requerente o regular exercício dos seus direitos” (o destaque não consta do original).

No mais, **verifica-se que: (a) nos documentos denominados “Pedido de Compra” (fls. 748/798), “Memorial Descritivo” (fls. 49/77) e “Formulário de Cadastramento de Fornecedor” (fls. 799/803) restou contratada a cláusula compromissória para a solução das controvérsias oriundas das obrigações ali pactuadas;** (b) a ação

ajuizada pela agravada objetiva a condenação da agravante no ressarcimento de danos relativos a investimentos e prejuízos derivados da execução da prestação de serviços de administração de lanchonetes, bem como condenação ao pagamento de lucros cessantes e danos morais; (c) a ação de origem não versa sobre “medidas cautelares ou outras que não possam ser obtidas no âmbito da legislação arbitral brasileira e/ou do Regulamento, ou que, mesmo obtidas pela Parte interessada, não forem cumpridas pela Parte afetada, nas situações em que a decretação das medidas dessa natureza seja imprescindível para assegurar à Parte requerente o regular exercício dos seus direitos”, as quais, nos termos das cláusulas 14.5 de fls. 796 e 8.5 de fls. 803, podem ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário e (d) a cláusula de eleição do foro da Comarca de São Bernardo do Campo/SP foi pactuada apenas e tão somente com relação ao contrato de comodato de áreas para a instalação das lanchonetes (fls. 79/80) e não com relação ao descumprimento de cláusulas relativas à prestação de serviços de lanchonete.

3.3. Em sendo assim, no caso dos autos, **apesar do contrato nominado de “comodato” ajustado entre as partes não conter pacto de convenção de arbitragem, mas sim cláusula de foro de eleição, é de se reconhecer a existência de válida e eficaz convenção de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória, pactuada entre as partes, em outros instrumentos por elas firmados, referentes ao contrato coligado e principal de prestação de serviços de administração de lanchonetes celebrado pelas partes, porque:** (a) a presente demanda tem por objeto questões referentes ao contrato de prestação de serviços ajustado entre as partes e não específicas do contrato nominado de “comodato”, mas atípico, por conter previsões estranhas ao comodato, pela existência de interesse econômico do comodante, que é coligado e acessório, por servir de meio para a execução do contrato principal de prestação de serviços de administração de serviços de lanchonete; (b) a vontade clara da partes de submeter os litígios decorrentes, envolventes, relacionados, pertinentes, derivados ou resultantes de certa relação jurídica objeto do contrato principal de prestação de serviços à solução de arbitragem é revelada pela inexistência de hipótese de exclusão claramente especificada em qualquer um dos contratos coligados, principal e acessório; e (c) nessa situação, **a cláusula de foro de eleição do contrato acessório não invalida a cláusula compromissória do contrato principal coligado.**

(...)

3.4. Reconhecida a existência de válida convenção de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória, ajustada entre as partes, para solução do mérito do conflito decorrentes do contrato principal de prestação de serviços de administração de lanchonetes ajustados entre as partes, do qual o contrato nominado de “comodato”, mas atípico, por conter previsões estranhas ao comodato, pela existência de interesse econômico do comodante, coligado e acessório, por servir de meio para a execução do contrato principal, de rigor, a afirmação da competência do Juízo arbitral para deliberar sobre as questões discutidas no presente feito, que compreendem a alegação e pretensão de resolução dos contratos ajustados entre as partes, por culpa da ré, e responsabilidade dela por danos materiais e morais decorrentes, impondo-se, em consequência, o julgamento de extinção do processo, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 485, VII, do CPC/2015, em razão

do acolhimento da alegação da existência de convenção de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória. [grifou-se]

Como visto, ao contrário do que alegado pela agravante, o órgão julgador apreciou as teses apresentadas pelas partes, inclusive a apontada como omissa nas razões recursais, em conjunto com o acervo probatório dos autos, em decisão suficientemente fundamentada, concluindo, porém, em sentido contrário ao pretendido pela recorrente, o que não configura negativa de prestação jurisdicional ou deficiência de fundamentação. A propósito:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. FUNDAMENTAÇÃO E OMISSÃO NÃO CONSTATADAS. 2. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. 3. CARÁTER PROTETÓRIO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA DO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015 PELO TRIBUNAL LOCAL. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. 4. AGRAVO IMPROVIDO. **1. Não ficou caracterizada a violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem se manifestou de forma fundamentada sobre todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia. O mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional. [...]** 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1.263.748/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 13/08/2018) [grifou-se]

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO - INSURGÊNCIA RECURSAL DA DEMANDADA. **1. As questões trazidas à discussão foram dirimidas pelo órgão julgador de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões ou contradições, portanto, deve ser afastada a alegada violação ao artigo 1.022 do CPC/15. Consoante entendimento desta Corte, não importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota para a resolução da causa fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelo recorrente, decidindo de modo integral a controvérsia posta, como ocorre na hipótese. Precedentes. [...]** 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp 1.669.141/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018) [grifou-se]

Na mesma linha, precedentes: AgRg no REsp 1291104/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 02/06/2016; AgRg no Ag 1252154/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 30/06/2015; REsp 1395221/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 17/09/2013.

Não é demais lembrar, a orientação desta Corte, no sentido de que o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos invocados pelas partes, nem a indicar todos os dispositivos legais suscitados, quando tenha encontrado motivação satisfatória para dirimir o litígio.

Nesse sentido, são os seguintes precedentes: AgRg no AREsp n. 55.751/RS, Terceira Turma, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 14.6.2013; AgRg no REsp n. 1.311.126/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 22.5.2013; REsp n. 1244950/RJ, Terceira Turma, Relator o Ministro Sidnei Beneti, DJe 19.12.2012; e EDcl no AgRg nos EREsp n. 934.728/AL, Corte Especial, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 29.10.2009.

Ressalta-se que não há falar em deficiência de fundamentação do julgado quando não acolhida a tese ventilada pela recorrente, mormente se o acórdão abordar todos os pontos relevantes ao deslinde da controvérsia, como ocorre na hipótese, em que o Tribunal de origem formou seu entendimento acerca da competência para o julgamento da causa a partir da interpretação dos contratos celebrados entre as partes e do exame do acervo fático e probatório dos autos.

Inexiste, portanto, violação aos artigos 489, *caput*, § 1º, IV, 926 do CPC/15, na medida em que as questões foram apreciadas pelo Tribunal de origem, cuja fundamentação foi clara e suficiente para o deslinde da controvérsia.

2. Outrossim, não merece reparos a decisão singular que aplicou os óbices das Súmulas 5, 7 e 83/STJ à pretensão recursal.

No ponto, a agravante sustenta que a cláusula compromissória foi prevista em anexo ao contrato de comodato e não teve anuência da contratada, razão pela qual defende que deve ser considerada a cláusula de eleição de foro contratualmente estabelecida. Afirma, ainda, que a análise de tais questões não demanda a interpretação de cláusulas do contrato ou o reexame dos fatos, bem assim aponta a existência de dissídio jurisprudencial.

Consoante asseverado na decisão agravada, o Tribunal *a quo*, ao analisar a controvérsia, no particular decidiu (fls. 974-978, e-STJ):

2. A pretensão recursal da agravante é de reforma da r. decisão agravada, "para que seja reconhecida a incompetência do Poder Judiciário para conhecer e julgar a ação de origem, haja vista a existência de cláusula compromissória pactuada entre as partes".

3. Reforma-se a r. decisão agravada, para julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, com base no art. 485, VII, do CPC/2015, em razão do acolhimento da alegação da existência de convenção de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória.

3.1. O ponto controvertido compreende o reconhecimento da existência de convenção de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória, constantes de contrato de prestação de serviços de administração de lanchonetes celebrado entre as partes no caso dos autos, por instrumentos nominados de (i) “Formulário de Cadastramento de Fornecedor”, (ii) “Memorial Descritivo - Prestação de Serviços de Administração de Lanchonetes”, (iii) “Pedido de Compra” e (iv) “Condições Gerais e Especiais de Compra” -, ou não, uma vez que o contrato de comodato, também avençado entre as partes, com expressa referência à prestação de serviços de administração de lanchonetes, não contém sem pacto de convenção de arbitragem, seja por compromisso arbitral, seja por cláusula compromissória, mas sim cláusula de foro de eleição.

3.2. Na espécie, agravante e agravada firmaram documento denominado “Pedido de Compra”, segundo o qual a agravada obrigava-se à prestação de serviços de lanchonete, com sistema de atendimento misto, nas plantas das fábricas da agravante (fls. 748/798), nos termos do disposto no “Memorial Descritivo” apresentado em momento anterior à contratação (fls. 49/77), com posterior assinatura de “Formulário de Cadastramento de Fornecedor” (fls. 799/805), nos quais restou pactuada cláusula compromissória (fls. 53, 796 e 803), que obriga as partes a submeterem à arbitragem a ser realizada pelo Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio de São Paulo (Centro de Arbitragem da Amcham/SP) eventuais controvérsias ou divergências oriundas da relação jurídica estabelecida entre as partes, não sendo “vedado às Partes recorrer ao Poder Judiciário para a obtenção de medidas cautelares ou outras que não possam ser obtidas no âmbito da legislação arbitral brasileira e/ou do Regulamento, ou que, mesmo obtidas pela Parte interessada, não forem cumpridas pela Parte afetada, nas situações em que a decretação das medidas dessa natureza seja imprescindível para assegurar à Parte requerente o regular exercício dos seus direitos” (o destaque não consta do original).

No mais, **verifica-se que: (a) nos documentos denominados “Pedido de Compra” (fls. 748/798), “Memorial Descritivo” (fls. 49/77) e “Formulário de Cadastramento de Fornecedor” (fls. 799/803) restou contratada a cláusula compromissória para a solução das controvérsias oriundas das obrigações ali pactuadas;** (b) a ação ajuizada pela agravada objetiva a condenação da agravante no ressarcimento de danos relativos a investimentos e prejuízos derivados da execução da prestação de serviços de administração de lanchonetes, bem como condenação ao pagamento de lucros cessantes e danos morais; (c) a ação de origem não versa sobre “medidas cautelares ou outras que não possam ser obtidas no âmbito da legislação arbitral brasileira e/ou do Regulamento, ou que, mesmo obtidas pela Parte interessada, não forem cumpridas pela Parte afetada, nas situações em que a decretação das medidas dessa natureza seja imprescindível para assegurar à Parte requerente o regular exercício dos seus direitos”, as quais, nos termos das cláusulas 14.5 de fls. 796 e 8.5 de fls. 803, podem ser objeto de apreciação

pelo Poder Judiciário e (d) a cláusula de eleição do foro da Comarca de São Bernardo do Campo/SP foi pactuada apenas e tão somente com relação ao contrato de comodato de áreas para a instalação das lanchonetes (fls. 79/80) e não com relação ao descumprimento de cláusulas relativas à prestação de serviços de lanchonete.

3.3. Em sendo assim, no caso dos autos, **apesar do contrato nominado de “comodato” ajustado entre as partes não conter pacto de convenção de arbitragem, mas sim cláusula de foro de eleição, é de se reconhecer a existência de válida e eficaz convenção de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória, pactuada entre as partes, em outros instrumentos por elas firmados, referentes ao contrato coligado e principal de prestação de serviços de administração de lanchonetes celebrado pelas partes, porque:** (a) a presente demanda tem por objeto questões referentes ao contrato de prestação de serviços ajustado entre as partes e não específicas do contrato nominado de “comodato”, mas atípico, por conter previsões estranhas ao comodato, pela existência de interesse econômico do comodante, que é coligado e acessório, por servir de meio para a execução do contrato principal de prestação de serviços de administração de serviços de lanchonete; (b) a vontade clara da partes de submeter os litígios decorrentes, envolventes, relacionados, pertinentes, derivados ou resultantes de certa relação jurídica objeto do contrato principal de prestação de serviços à solução de arbitragem é revelada pela inexistência de hipótese de exclusão claramente especificada em qualquer um dos contratos coligados, principal e acessório; e (c) nessa situação, **a cláusula de foro de eleição do contrato acessório não invalida a cláusula compromissória do contrato principal coligado.**

(...)

3.4. Reconhecida a existência de válida convenção de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória, ajustada entre as partes, para solução do mérito do conflito decorrentes do contrato principal de prestação de serviços de administração de lanchonetes ajustados entre as partes, do qual o contrato nominado de “comodato”, mas atípico, por conter previsões estranhas ao comodato, pela existência de interesse econômico do comodante, coligado e acessório, por servir de meio para a execução do contrato principal, de rigor, a afirmação da competência do Juízo arbitral para deliberar sobre as questões discutidas no presente feito, que compreendem a alegação e pretensão de resolução dos contratos ajustados entre as partes, por culpa da ré, e responsabilidade dela por danos materiais e morais decorrentes, impondo-se, em consequência, o julgamento de extinção do processo, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 485, VII, do CPC/2015, em razão do acolhimento da alegação da existência de convenção de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória. [grifou-se]

Extrai-se do aresto recorrido que a Corte local, diante das peculiaridades do caso concreto, tendo por base o conjunto fático e probatório dos autos e a interpretação das cláusulas contratuais, constatou que as partes “firmaram documento denominado “Pedido de Compra”, segundo o qual a agravada obrigava-se à prestação de serviços de lanchonete, com sistema de atendimento

misto, nas plantas das fábricas da agravante (...) com posterior assinatura de "Formulário de Cadastramento de Fornecedor" (fls. 799/805), nos quais restou pactuada cláusula compromissória (fls. 53, 796 e 803)" (fl. 974, e-STJ).

Ao contrário do que alega a agravante, o órgão julgador concluiu expressamente pela "existência de válida convenção de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória, ajustada entre as partes, para solução do mérito do conflito decorrente do contrato principal de prestação de serviços de administração de lanchonetes ajustados entre as partes", bem assim que "a cláusula de foro de eleição do contrato acessório não invalida a cláusula compromissória do contrato principal coligado" (fl. 975, e-STJ), razão pela qual extinguiu o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VII, do CPC/15.

Esta Corte Superior de Justiça possui jurisprudência no sentido de que a previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre o Poder Judiciário as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

A propósito, são os precedentes:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. ACORDO OPTANDO PELA ARBITRAGEM HOMOLOGADO EM JUÍZO. PRETENSÃO ANULATÓRIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. INADMISSIBILIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO PREMATURA. **1.- Nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral instituída em Acordo Judicial homologado e, bem assim, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, inadmissível a judicialização prematura pela via oblíqua do retorno ao Juízo. 2.- Mesmo no caso de o acordo de vontades no qual estabelecida a cláusula arbitral no caso de haver sido homologado judicialmente, não se admite prematura ação anulatória diretamente perante o Poder Judiciário, devendo ser preservada a solução arbitral, sob pena de se abrir caminho para a frustração do instrumento alternativo de solução da controvérsia. 3.- Extingue-se, sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VII), ação que visa anular acordo de solução de controvérsias via arbitragem, preservando-se a jurisdição arbitral consensual para o julgamento das controvérsias entre as partes, ante a opção das partes pela forma alternativa de jurisdição.** 4.- Recurso Especial provido e sentença que julgou extinto o processo judicial restabelecida. (REsp 1.302.900/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09.10.2012, DJe 16.10.2012) [grifou-se]

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. SENTENÇA ARBITRAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO TÍTULO EXEQUENDO. INEXISTÊNCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL. DERROGAÇÃO DA JURISDIÇÃO ESTATAL. 1. (...). 7. A despeito da ausência de assinatura da recorrida/exequente (TRES DIVISAS) no documento em que foi firmada a cláusula compromissória arbitral, não há que se falar em sua nulidade ou na invalidade de suas disposições, pois, indubitavelmente, foi assinado pelo próprio devedor, bem como pela empresa que fez o intermédio da contratação, referindo-se, inegavelmente, ao negócio firmado entre o recorrente e a recorrida. E, mais, a própria recorrida foi quem solicitou a instauração do juízo arbitral, não havendo, portanto, qualquer prejuízo para o recorrente, que havia concordado com tais termos. **8. Como regra, a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato e, inclusive, decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória (princípio da Kompetenz-Kompetenz). Assim, se pairassem dúvidas acerca da própria contratação da cláusula compromissória arbitral, tal questão deveria ser dirimida pelo árbitro, não cabendo à parte intentar fazê-lo perante o juízo estatal.** 9. Recurso especial conhecido e não provido. (REsp 1.818.982/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04.02.2020, DJe 06.02.2020) [grifou-se]

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE FALSIDADE CUMULADA COM EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CONTRATOS. EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA. ASSINATURA. FALSIDADE. ALEGAÇÃO. **CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL. KOMPETENZ-KOMPETENZ. 1. Cinge-se a controvérsia a definir se o juízo estatal é competente para processar e julgar a ação declaratória que deu origem ao presente recurso especial tendo em vista a existência de cláusula arbitral nos contratos objeto da demanda. 2. A previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre o Poder Judiciário as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. 3. A consequência da existência do compromisso arbitral é a extinção do processo sem resolução de mérito, com base no artigo 267, inciso VII, do Código de Processo Civil de 1973.** 4. Recurso especial provido. [grifou-se] (REsp 1.550.260/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12.12.2017, Dje 20.03.2018) [grifou-se]

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISCUSSÃO ACERCA DA LEGALIDADE DE DISPOSIÇÕES INTEGRANTES DO PLANO DE SOERGUMENTO. AUMENTO DE CAPITAL. ASSEMBLEIA DE ACIONISTAS. NÃO REALIZAÇÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PREVISTA NO ESTATUTO SOCIAL. QUESTÕES SOCIETÁRIAS.

COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. 1. A existência de provimentos jurisdicionais conflitantes entre si autoriza o conhecimento do conflito positivo de competência. 2. O juiz está autorizado a realizar controle de legalidade de disposições que integram o plano de soergimento, muito embora não possa adentrar em questões concernentes à viabilidade econômica da recuperanda. Precedentes. **3. As jurisdições estatal e arbitral não se excluem mutuamente, sendo absolutamente possível sua convivência harmônica, exigindo-se, para tanto, que sejam respeitadas suas esferas de competência, que ostentam natureza absoluta. Precedentes. 4. Em procedimento arbitral, são os próprios árbitros que decidem, com prioridade ao juiz togado, a respeito de sua competência para examinar as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória - princípio da kompetenz-kompetenz. Precedentes. 5. (...). CONFLITO CONHECIDO. DECLARADA A COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. (CC 157.099/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10.10.2018, DJe 30.10.2018) [grifou-se]**

Com efeito, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, em procedimento arbitral, são os próprios árbitros que decidem, com prioridade ao juiz togado, a respeito de sua competência para examinar as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória - princípio da kompetenz-kompetenz.

Desse modo, o entendimento do Tribunal de origem, no ponto, encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior sobre a matéria, sendo inafastável a incidência do teor da Súmula 83/STJ, a impedir o conhecimento do recurso por ambas as alíneas do permissivo constitucional.

Ademais, para derruir as conclusões contidas no *decisum* e acolher o inconformismo recursal no sentido de verificar a efetiva previsão de cláusula compromissória no contrato celebrado entre as partes, segundo as alegações vertidas nas razões do apelo extremo, seria imprescindível a análise de cláusulas contratuais e ao revolvimento de fatos e provas, providências que esbarram nos óbices das Súmulas 5 e 7 desta Corte.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL. DEBÊNTURES. REMISSÃO DE DÍVIDA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA QUE DEMANDA REEXAME DE FATOS E PROVAS. SUMULA 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação do art. 1.022 do CPC/2015. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, todas as matérias foram devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem,

que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente. **2. As conclusões do acórdão recorrido apontadas acima, no tocante à ausência de cerceamento de defesa; inexistência de prejuízo decorrente do julgamento autônomo da presente demanda; oponibilidade de cláusula compromissória às autoras em razão da adesão aos contratos, sem apresentação de ressalvas; e inexistência do dever de indenizar; não podem ser revistas por esta Corte Superior, pois demandaria, necessariamente, reexame do conjunto fático - probatório dos autos, e de cláusulas contratuais, o que é vedado em razão dos óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ.** 3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1.516.496/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 29.10.2019, DJe 05.11.2019) [grifou-se]

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO E REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. TRIBUNAL A QUO ENTENDEU PELA VALIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA E CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. INSTRUÇÃO DA INICIAL COM CONTRATO DISTINTO DA CONTROVÉRSIA. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. AGRAVO DESPROVIDO. **1. O Tribunal de Justiça, com arrimo no acervo fático-probatório carreado aos autos, examinando o contrato de distribuição e representação comercial, concluiu que a "(...) i. julgadora de Piso deu correto deslinde a controvérsia ao reconhecer a extinção do feito pela Convenção de Arbitragem (fls.92 e 99) conforme cláusulas dos contratos acostados aos autos, pois as partes livremente firmaram a cláusula compromissória, elegendo para a solução de eventuais desacertos, a Câmara Internacional de Arbitragem de Hong Kong". A pretensão de revisar tal entendimento, considerando as circunstâncias do caso concreto, demandaria revolvimento de matéria fático-probatória bem como cláusulas contratuais, inviável em sede de recurso especial, conforme preconizam as Súmulas 5 e 7, ambas do STJ.** 2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a incidência da Súmula 7/STJ impede também o exame de dissídio jurisprudencial, tendo em vista que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão recorrido. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1.255.914/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 24.09.2019, DJe 22.10.2019) [grifou-se]

De rigor, portanto, a manutenção da decisão agravada.

3. Do exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

É como voto.

TERMO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA

AgInt nos EDcl no AREsp 1.509.509 / SP

PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2019/0147323-1

Número de Origem:

22376151620178260000 1765/2016 17652016 10246855520168260564

Sessão Virtual de 03/03/2020 a 09/03/2020

Relator do AgInt nos EDcl

Exmo. Sr. Ministro MARCO BUZZI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO BUZZI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MORAIRA COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : FELIPE ZORZAN ALVES - SP182184
AGRAVANTE : A.P.H ARAUJO - SOCIEDADE DE ADVOGADOS
ADVOGADOS : MARK KREIDEL - SP183173
MAYLA TANNUS CARNEIRO TORRES DA COSTA - SP259730
AMANDA SILVA NASI - SP401094
AGRAVADO : OS MESMOS
AGRAVADO : VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA
ADVOGADOS : ANA PAULA HUBINGER ARAUJO - SP124686
MARK KREIDEL - SP183173
MAYLA TANNUS CARNEIRO TORRES DA COSTA - SP259730
AMANDA SILVA NASI - SP401094
ASSUNTO : DIREITO CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : MORAIRA COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : FELIPE ZORZAN ALVES - SP182184
AGRAVADO : VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA
ADVOGADOS : ANA PAULA HUBINGER ARAUJO - SP124686
MARK KREIDEL - SP183173
MAYLA TANNUS CARNEIRO TORRES DA COSTA - SP259730
AMANDA SILVA NASI - SP401094
INTERES. : A.P.H ARAUJO - SOCIEDADE DE ADVOGADOS
ADVOGADOS : MARK KREIDEL - SP183173
MAYLA TANNUS CARNEIRO TORRES DA COSTA - SP259730
AMANDA SILVA NASI - SP401094

INTERES. : A.P.H ARAUJO - SOCIEDADE DE ADVOGADOS
ADVOGADOS : MARK KREIDEL - SP183173
MAYLA TANNUS CARNEIRO TORRES DA COSTA - SP259730
AMANDA SILVA NASI - SP401094

TERMO

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília, 09 de março de 2020

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ – *Recurso Especial 1.818.982/MS* – 3ª T. – j. 04.02.2020 – v.u. – rel. Min. Nancy Andrighi – *DJe* 06.02.2020 – Áreas do Direito: Arbitragem; Processual; Civil.

Ausência da assinatura no documento autônomo "confirmatório" do negócio em que foi firmada a cláusula compromissória não invalida suas disposições, uma vez que indubitavelmente se refere à compra e venda firmada entre as partes, possuindo força vinculante.

Veja também Doutrina

- A convenção de arbitragem nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis como alternativa à tutela jurisdicional substitutiva da declaração de vontade (arts. 466-A, 466-B, 466-C, do CPC), de Marco Paulo Denucci Di Spirito – *RArb* 16/54-97 (DTR\2008\857).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.818.982 - MS (2018/0285229-7)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : ROGERIO INACIO ROHR
ADVOGADOS : JAASIEL MARQUES DA SILVA - MS005337B
MARLI TERESA MUNARINI - MS017640A
RECORRIDO : TRES DIVISAS ARMAZENS GERAIS LTDA
ADVOGADOS : MÁRCIO RICARDO GARDIANO RODRIGUES - MS007527B
ROBERTO RODRIGUES - MS002756
MARCOS FERNANDO GALDIANO RODRIGUES E OUTRO(S) - MS010891A
RAFAEL SCHIAVINATO CANOVA - SP273685

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. SENTENÇA ARBITRAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO TÍTULO EXEQUENDO. INEXISTÊNCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL. DERROGAÇÃO DA JURISDIÇÃO ESTATAL.

1. Ação de execução de título executivo judicial – sentença arbitral.
2. Ação ajuizada em 26/09/2014. Recurso especial concluso ao gabinete em 13/12/2018. Julgamento: CPC/2015.
3. O propósito recursal é definir se é nula a sentença arbitral que embasa a presente ação de execução de título executivo judicial.

4. A pactuação válida de cláusula compromissória possui força vinculante, obrigando as partes da relação contratual a respeitar, para a resolução dos conflitos daí decorrentes, a competência atribuída ao árbitro.

5. Na espécie, foi firmado um instrumento de compra e venda entre as partes, em que estas, em um primeiro momento, elegend o foro da Comarca de Costa Rica – MS como o competente para a solução de quaisquer litígios oriundos do contrato. Subsequentemente, na mesma data do referido contrato de compra e venda, foi firmado documento autônomo, denominado de “Confirmação”, em que, dentre outras condições, estipulou-se, de forma irrevogável e irretratável, que as partes deveriam submeter, de forma definitiva, toda e qualquer divergência ou disputa relacionada ao presente contrato, a juízo arbitral.

6. É indiscutível que o segundo documento refere-se à confirmação da operação de compra e venda, objeto do primeiro instrumento contratual. Isso significa dizer que, em verdade, por ser um documento confirmatório do primeiro, com estipulação irrevogável e irretratável quanto à submissão de conflitos a juízo arbitral, possui força vinculante, devendo ser observado.

7. A despeito da ausência de assinatura da recorrida/exequente (TRES DIVISAS) no documento em que foi firmada a cláusula compromissória arbitral, não há que se falar em sua nulidade ou na invalidade de suas disposições, pois, indubitavelmente, foi assinado pelo próprio devedor, bem como pela empresa que fez o intermédio da contratação, referindo-se, inegavelmente, ao negócio firmado entre o recorrente e a recorrida. E, mais, a própria recorrida foi quem solicitou a instauração do juízo arbitral, não havendo, portanto, qualquer prejuízo para o recorrente, que havia concordado com tais termos.

8. Como regra, a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato e, inclusive, decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória (princípio da *Kompetenz-Kompetenz*). Assim, se pairassem dúvidas acerca da própria contratação da cláusula compromissória arbitral, tal questão deveria ser dirimida pelo árbitro, não cabendo à parte intentar fazê-lo perante o juízo estatal.

9. Recurso especial conhecido e não provido.

COMENTÁRIO

NOTA SOBRE O RECURSO ESPECIAL 1.818.982/MS

I. INTRODUÇÃO

Em 4 de fevereiro de 2020, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) negou provimento ao Recurso Especial 1.818.982/MS, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, no qual se pleiteava a nulidade

da sentença arbitral por ausência de assinatura da parte que deu início à arbitragem no instrumento que contém a cláusula compromissória.

II. CONTRATO E CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Em 9 de agosto de 2011, as Partes – a empresa Três Divisas Armazéns Gerais LTDA. ("Três Divisas") e Rogério Inacio Rohr ("Rogério") (em conjunto, "Partes") – firmaram um Contrato de Compra de Venda de Sorgo em Grãos ("Contrato") contendo cláusula de eleição de foro que indicava a Comarca de Costa Rica, Mato Grosso do Sul, como competente para resolver eventuais conflitos entre as Partes.

Na mesma data, as Partes executaram um documento chamado Confirmação 24.797/2011 ("Instrumento de Confirmação") que apenas validava os termos do Contrato. O Instrumento de Confirmação continha cláusula compromissória elegendo a arbitragem, a ser administrada pela Câmara Brasileira de Mercadorias, como via para solução de disputas.

Ambos os instrumentos foram assinados por Rogério, mas apenas o Contrato foi assinado também pela Três Divisas.

III. A ARBITRAGEM

Três Divisas ingressou com procedimento arbitral e logrou-se vencedora. Rogério foi condenado ao pagamento de indenização no valor de R\$ 210.793,00 (duzentos e dez mil setecentos e noventa e três reais), além de custas procedimentais e honorários.

IV. PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO E AÇÃO ANULATÓRIA

Três Divisas ingressou com processo judicial para execução forçada da sentença arbitral, no qual Rogério arguiu nulidade da sentença arbitral em razão da (i) incompetência do juízo arbitral e (ii) da nulidade da sua citação por edital.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul ("TJMS"), em sede de Agravo de Instrumento, rejeitou os argumentos de Rogério e entendeu que (i) o comparecimento espontâneo nos autos supriu eventual falta de citação válida e (ii) a ausência de assinatura da Três Divisas no Instrumento de Confirmação, que continha a cláusula compromissória, seria irrelevante, uma vez que foi a própria Três Divisas que ingressou com o procedimento arbitral.

Manteve, pois, incólume a sentença arbitral.

Inconformado, Rogério insurgiu contra a decisão do TJMS por meio de Recurso Especial.

V. O RECURSO ESPECIAL

A análise do STJ ficou restrita ao argumento de invalidade da cláusula compromissória, eis que nulidade da citação por edital não foi objeto do recurso de Rogério.

Constou de suas razões recursais que a cláusula compromissória contida no Instrumento de Confirmação abrangeria apenas à relação entabulada entre Rogério e a corretora Granos, que intermediou a contratação, e não com Três Divisas.

O STJ afastou tal tese e corroborou o entendimento do TJMS no que diz respeito à dispensa da assinatura de Três Divisas para validade da cláusula compromissória. Ponderou, ainda, que:

"se a falta de assinatura pudesse causar algum prejuízo àquele que não firmou o instrumento, tal prejuízo seria causado à própria recorrida (Três Divisas), o que, na espécie, não ocorreu, uma vez que a mesma foi quem provocou a arbitragem".

O argumento de Rogério sobre o escopo subjetivo da cláusula compromissória foi rejeitado uma vez que o Instrumento de Confirmação contemplava o timbre de Três Divisas, assim como o da corretora Granos, havendo espaço para assinatura das três partes envolvidas na relação.

Destacou que questões relativas à validade da cláusula compromissória devem ser dirimidas pelos próprios árbitros, o que foi feito no caso concreto, eis que a sentença arbitral exequenda analisou o tema.

A Corte Superior entendeu, também, que a postura de Rogério caracterizava resistência injustificada ao andamento do processo e classificou o recurso como meramente protelatório, condenando-o ao pagamento de multa por litigância de má-fé de 1% (um por cento) do valor corrigido da causa.

VI. CONCLUSÃO

O acórdão, ao reconhecer a validade da cláusula compromissória independentemente da assinatura de Três Divisas, reforça que (i) o consentimento à via arbitral, apesar de indispensável, não precisa se dar por meio da assinatura aposta no instrumento contratual; e (ii) aplica ao caso, ainda que indiretamente, o princípio do *pas nullité sans grief*.

N.R.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso especial, com aplicação de multa, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2020(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.818.982 - MS (2018/0285229-7)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : ROGERIO INACIO ROHR

ADVOGADOS : JAASIEL MARQUES DA SILVA - MS005337B
MARLI TERESA MUNARINI - MS017640A

RECORRIDO : TRES DIVISAS ARMAZENS GERAIS LTDA

ADVOGADOS : MÁRCIO RICARDO GARDIANO RODRIGUES - MS007527B
ROBERTO RODRIGUES - MS002756
MARCOS FERNANDO GALDIANO RODRIGUES E OUTRO(S) -
MS010891A
RAFAEL SCHIAVINATO CANOVA - SP273685

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de recurso especial interposto por ROGERIO INACIO ROHR, fundamentado exclusivamente na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ/MS.

Recurso especial interposto em: 29/06/2018.

Concluso ao Gabinete em: 13/12/2018.

Ação: de execução de título executivo judicial – sentença arbitral –, ajuizada por TRES DIVISAS ARMAZENS GERAIS LTDA, em desfavor do recorrente.

O recorrente, por sua vez, apresentou exceção de pré-executividade, alegando, em síntese, que a sentença arbitral contém dois vícios de nulidade, quais sejam, a prolação por juízo incompetente e a nulidade da citação por edital.

Decisão interlocutória: rejeitou a exceção de pré-executividade apresentada pelo recorrente.

Acórdão: negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo recorrente, nos termos da seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA – MANIFESTAÇÃO ESPONTÂNEA NOS AUTOS QUE SUPRE QUALQUER NULIDADE – EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL – DERROGAÇÃO DA JUSTIÇA ESTADUAL – SENTENÇA ARBITRAL VÁLIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I – A manifestação espontânea nos autos supre a falta de citação, ou até mesmo sua nulidade, nos termos do art. 239, § 1º, do CPC.

II – Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato e, inclusive, decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória (e-STJ fl. 127).

Embargos de declaração: opostos pelo recorrente, foram rejeitados (e-STJ fls. 171-176).

Recurso especial: alega violação do art. 4º da Lei 9.307/96. Sustenta que:

a) não foi estipulada a competência do juízo arbitral para conhecer e julgar as ações do contrato envolvendo o recorrente e a recorrida (TRES DIVISAS), motivo pelo qual o título exequendo está acometido de nulidade absoluta porque prolatado com o vício de incompetência na origem;

b) a cláusula de eleição do juízo arbitral foi celebrada tão somente entre o recorrente e a GRANOS CORRETORA, não constando do documento qualquer assinatura da recorrida (TRES DIVISAS);

c) o documento denominado “Confirmação de Negócio” não foi assinado pelo recorrente, então não há que se falar na aplicação da força obrigatória dos contratos;

d) a contratação da cláusula compromissória arbitral é ato solene, que deve ser pactuada de forma extreme de dúvidas; e

e) na dúvida sobre qual das duas instâncias julgadoras teria competência para conhecer e julgar a questão envolvendo as partes, deve prevalecer o juízo estatal, ficando derrogado o juízo arbitral (e-STJ fls. 178-213).

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ/MS inadmitiu o recurso especial interposto por ROGERIO INACIO ROHR (e-STJ fls. 234-237), ensejando a interposição de agravo em recurso especial (e-STJ fls. 239-263), que foi provido e reatuado como recurso especial para melhor exame da matéria (e-STJ fl. 290).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.818.982 - MS (2018/0285229-7)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : ROGERIO INACIO ROHR

ADVOGADOS : JAASIEL MARQUES DA SILVA - MS005337B

MARLI TERESA MUNARINI - MS017640A

RECORRIDO : TRES DIVISAS ARMAZENS GERAIS LTDA

ADVOGADOS : MÁRCIO RICARDO GARDIANO RODRIGUES - MS007527B

ROBERTO RODRIGUES - MS002756

MARCOS FERNANDO GALDIANO RODRIGUES E OUTRO(S) -

MS010891A

RAFAEL SCHIAVINATO CANOVA - SP273685

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. SENTENÇA ARBITRAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO TÍTULO EXEQUENDO. INEXISTÊNCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL. DERROGAÇÃO DA JURISDIÇÃO ESTATAL.

1. Ação de execução de título executivo judicial – sentença arbitral.

2. Ação ajuizada em 26/09/2014. Recurso especial concluso ao gabinete em 13/12/2018. Julgamento: CPC/2015.

3. O propósito recursal é definir se é nula a sentença arbitral que embasa a presente ação de execução de título executivo judicial.

4. A pactuação válida de cláusula compromissória possui força vinculante, obrigando as partes da relação contratual a respeitar, para a resolução dos conflitos daí decorrentes, a competência atribuída ao árbitro.

5. Na espécie, foi firmado um instrumento de compra e venda entre as partes, em que estas, em um primeiro momento, elegem o foro da Comarca de Costa Rica – MS como o competente para a solução de quaisquer litígios oriundos do contrato. Subsequentemente, na mesma data do referido contrato de compra e venda, foi firmado documento autônomo, denominado de “Confirmação”, em que, dentre outras condições, estipulou-se, de forma irrevogável e irretratável, que as partes deveriam submeter, de forma definitiva, toda e qualquer divergência ou disputa relacionada ao presente contrato, a juízo arbitral.

6. É indiscutível que o segundo documento refere-se à confirmação da operação de compra e venda, objeto do primeiro instrumento contratual. Isso significa dizer que, em verdade, por ser um documento confirmatório do primeiro, com estipulação irrevogável e irretratável quanto à submissão de conflitos a juízo arbitral, possui força vinculante, devendo ser observado.

7. A despeito da ausência de assinatura da recorrida/exequente (TRES DIVISAS) no documento em que foi firmada a cláusula compromissória arbitral, não há que se falar em sua nulidade ou na invalidade de suas

disposições, pois, indubitavelmente, foi assinado pelo próprio devedor, bem como pela empresa que fez o intermédio da contratação, referindo-se, inegavelmente, ao negócio firmado entre o recorrente e a recorrida. E, mais, a própria recorrida foi quem solicitou a instauração do juízo arbitral, não havendo, portanto, qualquer prejuízo para o recorrente, que havia concordado com tais termos.

8. Como regra, a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato e, inclusive, decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória (princípio da *Kompetenz-Kompetenz*). Assim, se pairassem dúvidas acerca da própria contratação da cláusula compromissória arbitral, tal questão deveria ser dirimida pelo árbitro, não cabendo à parte intentar fazê-lo perante o juízo estatal.

9. Recurso especial conhecido e não provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.818.982 - MS (2018/0285229-7)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : ROGERIO INACIO ROHR
ADVOGADOS : JAASIEL MARQUES DA SILVA - MS005337B
MARLI TERESA MUNARINI - MS017640A
RECORRIDO : TRES DIVISAS ARMAZENS GERAIS LTDA
ADVOGADOS : MÁRCIO RICARDO GARDIANO RODRIGUES - MS007527B
ROBERTO RODRIGUES - MS002756
MARCOS FERNANDO GALDIANO RODRIGUES E OUTRO(S) -
MS010891A
RAFAEL SCHIAVINATO CANOVA - SP273685

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (RELATOR):

O propósito recursal é definir se é nula a sentença arbitral que embasa a presente ação de execução de título executivo judicial.

Aplicação do Código de Processo Civil de 2015 – Enunciado Administrativo n. 3/STJ.

1. DOS CONTORNOS DA LIDE

Inicialmente, mister ressaltar ser incontroverso nos autos que:

i) no dia 09/08/2011, foi negociada entre o recorrente (ROGÉRIO) e a recorrida (TRES DIVISAS ARMAZENS GERAIS LTDA) a venda de 25.000 sacas de sorgo, tendo como corretora a empresa GRANOS (e-STJ fl. 138);

ii) em um primeiro documento – denominado de “Contrato de compra e venda de sorgo em grãos relativo ao pedido de compra nº 169/2011” –, foi eleita a Comarca de Costa Rica – MS para dirimir futuros litígios entre as partes (e-STJ fls. 64 e 138);

iii) em um segundo documento – datado de mesma data e denominado de “Confirmação 24.797/2011” –, que tratava sobre o mesmo negócio jurídico do primeiro documento, estabeleceu-se:

AS PARTES, DESDE JÁ, ASSUMEM ESPONTANEAMENTE O COMPROMISSO, EM CARÁTER IRREVOGÁVEL E IRRETRATÁVEL, DE SUBMETER, DE FORMA DEFINITIVA, TODA E QUALQUER DIVERGÊNCIA OU DISPUTA RELACIONADA AO PRESENTE CONTRATO, AO JUÍZO ARBITRAL DA BOLSA BRASILEIRA DE MERCADORIAS OU A OUTRA CÂMARA ARBITRAL PREVIAMENTE APROVADA PELO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DESTA, NO TERMO DA REGULAMENTAÇÃO APLICÁVEL PARA OS FINS DA LEI 9.307/96 – O CUSTO DA CONVOCAÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL OCORRERÁ POR CONTA DO CONTRATANTE (e-STJ fl. 60 e 138) (grifos acrescentados);

iv) tanto o primeiro documento, quanto o segundo contam com a assinatura do recorrente (ROGERIO) (e-STJ fls. 60, 65 e 138);

v) no final do segundo documento, isto é, no documento de confirmação, consta a seguinte informação:

FAVOR ASSINAR E DEVOLVER. CASO NÃO HAJA CONTESTAÇÃO DAS PARTES EM ATÉ 24H APÓS O FECHAMENTO, CONSIDERAR-SE-Á COMO ACEITAS TODAS AS CONDIÇÕES DESTA CONFIRMAÇÃO (e-STJ fl. 60 e 138);

vi) submetido o litígio ao juízo arbitral, o recorrente (ROGERIO) foi condenado ao pagamento da quantia de R\$ 210.793,00 (duzentos e dez mil, setecentos e noventa e três reais) mais valores relativos a honorários e custos da arbitragem; e

vii) a recorrida (TRES DIVISAS ARMAZENS GERAIS LTDA), por sua vez, promove nestes autos o cumprimento da sentença arbitral, ao passo que o recorrente (ROGÉRIO) aponta a nulidade do título exequendo, porque proferido por juízo incompetente.

2. DA DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

Antes de adentrar propriamente na análise da controvérsia, mister destacar que, não obstante o TJ/MS tenha analisado e afastado os argumentos do recorrente quanto à constatação de **dois vícios** de nulidade supostamente contidos na sentença arbitral – incompetência do juízo e nulidade da citação por edital –, verifica-se que o recurso especial do recorrente circunscreve-se à questão relativa a suposta incompetência do juízo arbitral, razão pela qual, por ter sido esta a única matéria devolvida à apreciação desta Corte Superior, o presente julgamento cingir-se-á ao exame de tal ponto.

No mais, convém ressaltar que o recurso especial interposto pelo recorrente tem como objetivo o reconhecimento da nulidade da sentença arbitral ora executada, pois, segundo alega, *“a cláusula de eleição do juízo arbitral (...) foi celebrada tão somente entre o ora Recorrente e a Granos Corretora, a outra participante da relação de direito material, apenas como corretora, pactuada em instrumento autônomo (...)”* (e-STJ fl. 185).

Insiste, portanto, o recorrente, que do instrumento denominado de confirmação do negócio jurídico – e em que teria sido estipulado o juízo arbitral para a solução de disputas oriundas do contrato –, constaria apenas a sua assinatura, mas não a assinatura da recorrida/exequente (TRES DIVIDAS), razão pela qual não se poderia ter por estipulada a cláusula compromissória arbitral entre as partes.

O TJ/MS, por sua vez, deixou expressamente consignado que, o recorrente/executado (ROGÉRIO) assinou tanto o primeiro documento (contrato

de compra e venda de sorgo em grãos), quanto o segundo documento confirmatório, em que se estipulou a cláusula compromissória arbitral, razão pela qual concluiu a Corte local que “(...) não há como pretender ver reconhecida a nulidade da sentença proferida pelo juízo arbitral ao argumento de que a agravada/exequente não assinou a Confirmação n. 24.797/2011 f. 60. Ora, se a própria agravada/exequente solicitou à Bolsa Brasileira de Mercadorias – BBM a instauração do juízo arbitral, para resolver controvérsia surgida a respeito do negócio de compra e venda de sorgo em grãos, não há falar em incompetência do juízo arbitral, notadamente porque o agravante assinou a Confirmação n. 24.797/2011” (e-STJ fl. 143).

Isso significa dizer que o Tribunal de origem analisou a controvérsia tomando por base o reconhecimento dos seguintes aspectos fáticos: *i)* a existência da assinatura do recorrente/executado (ROGERIO) tanto no primeiro documento, que havia estipulado como foro a Comarca de Costa Rica – MS, quanto no segundo documento confirmatório, de mesma data, e que estipulou, em caráter irrevogável e irretratável, a submissão de qualquer divergência ou disputa relacionada ao contrato ao juízo arbitral; *ii)* a ausência de assinatura da recorrida/exequente (TRES DIVISAS) apenas no segundo documento confirmatório; e *iii)* o próprio pedido da recorrida/exequente (TRES DIVISAS) de instauração do juízo arbitral.

Assim, por oportuno, é que se registra que o presente julgamento não importará no reexame fático-probatório dos autos, tampouco em interpretação de cláusulas contratuais – atividades estas vedadas a esta Corte Superior ante os óbices das Súmulas 5 e 7/STJ –, uma vez que tomará por base as questões fáticas já delineadas pelo TJ/MS.

E, de fato, o conhecimento do recurso especial como meio de revisão do enquadramento jurídico dos fatos realizado pelas instâncias ordinárias se mostra absolutamente viável; sempre atento, porém, à necessidade de se

admitirem esses fatos como traçados pelas instâncias ordinárias (...) (EDcl no REsp 1.286.704/SP, 3ª Turma, DJe 09/12/2013).

3. DA ESTIPULAÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL (art. 4º da Lei 9.307/96)

Como anteriormente delimitado, o propósito recursal é definir se houve, de fato, a estipulação de cláusula compromissória arbitral entre os litigantes, a fim de reconhecer pela validade da sentença arbitral, ora objeto do presente cumprimento de sentença, e a consequente derrogação da jurisdição estatal.

Nos termos do art. 4º da Lei 9.307/96, a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

Vale lembrar que a pactuação válida de cláusula compromissória possui força vinculante, obrigando as partes da relação contratual a respeitar, para a resolução dos conflitos daí decorrentes, a competência atribuída ao árbitro (REsp 1.277.725/AM, 3ª Turma, DJe 18/03/2013).

Na espécie, e como anteriormente já esboçado, deve-se perquirir se a cláusula compromissória arbitral foi estipulada pelas partes, a fim de prevalecer sobre o foro de eleição estipulado no contrato de compra e venda firmado entre os litigantes.

Dessume-se dos autos que foi firmado um instrumento de compra e venda entre as partes, datado de 09/08/2011, em que as mesmas, em um primeiro momento, elegem o foro da Comarca de Costa Rica – MS como o competente para a solução de quaisquer litígios oriundos do contrato. Referido instrumento é assinado tanto pelo recorrente/executado (ROGERIO), como pela empresa

compradora dos grãos/ora recorrida/exequente (TRES DIVISAS), e também pela corretora que intermediou a contratação (GRANOS CORRETORA).

Subsequentemente, na mesma data do referido contrato de compra e venda, foi firmado documento autônomo, denominado de “Confirmação”, em que, dentre outras condições, estipulou-se, **de forma irrevogável e irretroatável**, que as partes deveriam submeter, de forma definitiva, toda e qualquer divergência ou disputa relacionada ao presente contrato, a juízo arbitral.

Compulsando os autos, e tomando-se por base as próprias considerações feitas pela Corte local, constata-se que, deste segundo documento, com timbre da própria empresa intermediadora (GRANOS), há espaço para a assinatura das três partes envolvidas, isto é, do vendedor de grãos de sorgo (ROGERIO), da compradora dos grãos (TRES DIVISAS) e da empresa corretora (GRANOS).

Ressalte-se que a assinatura do recorrente/executado consta tanto do primeiro instrumento, quanto do segundo instrumento, este último por meio do qual se acordou a estipulação da cláusula compromissória arbitral.

Ainda, é indiscutível que o segundo documento refere-se à confirmação da operação de compra e venda, objeto do primeiro instrumento contratual. Isso significa dizer que, em verdade, por ser um documento confirmatório do primeiro, com estipulação irrevogável e irretroatável quanto à submissão de conflitos a juízo arbitral, possui força vinculante, devendo ser observado.

Mister destacar que, a despeito da ausência de assinatura da recorrida/exequente (TRES DIVISAS) no documento em que foi firmada a cláusula compromissória arbitral, não há que se falar em sua nulidade ou na invalidade de suas disposições, pois, indubitavelmente, foi assinado pelo próprio devedor, bem como pela empresa que fez o intermédio da contratação, referindo-se,

inegavelmente, ao negócio firmado entre o recorrente e a recorrida. E, mais, a própria recorrida foi quem solicitou a instauração do juízo arbitral, não havendo, portanto, qualquer prejuízo para o recorrente, que havia concordado com tais termos.

É dizer, se a falta de assinatura pudesse causar algum prejuízo àquele que não firmou o instrumento, tal prejuízo seria causado à própria recorrida (TRES DIVIDAS), o que, na espécie, não ocorreu, uma vez que a mesma foi quem provocou a arbitragem.

Mutatis mutandis, cita-se precedente da 4ª Turma deste STJ que, analisando a ausência de assinatura de testemunhas no documento que instituiu a convenção de arbitragem, acabou por manter a validade do instrumento, dada a ausência de prejuízo ao autor da ação:

AGRAVO REGIMENTAL. CPC, ARTIGO 535. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DISSOLUÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE. SENTENÇA ARBITRAL. NULIDADE AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PAGAMENTO DOS HAVERES. OBRIGAÇÃO DA SOCIEDADE. SÚMULAS 7 E 83 DO STJ.

1. Não configura violação ao art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial, circunstância que afasta a negativa de prestação jurisdicional.

2. O sócio remanescente não é parte legítima, para, em nome próprio, requerer seja afastada a condenação imposta à sociedade, nos termos do art. 6º do CPC. precedentes.

3. A legitimidade das partes é questão de ordem pública, e, portanto, pode ser apreciada a qualquer tempo pelas instâncias ordinárias.

4. A ausência de assinaturas de duas testemunhas na convenção de arbitragem, conforme apurado pelas instâncias de origem, não ensejou prejuízo algum para o autor da ação, que sequer alegou vício de consentimento. Aplicação do princípio pelo qual não se declara nulidade na ausência de prejuízo dela decorrente. Incidência da Súmula 83/STJ, no ponto.

5. O acórdão recorrido afastou as alegações de violação aos princípios da isonomia, ampla defesa, contraditório, devido processo legal e da livre convicção motivada, a partir dos elementos fático-probatórios dos autos, insusceptíveis de serem revistos no âmbito do recurso especial (Súmula 7/STJ).

6. A decisão que julga além dos limites da lide não precisa ser anulada, devendo ser eliminada a parte que constitui o excesso. Precedentes.

7. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1.311.367/MG, 4ª Turma, DJe 24/06/2014) **(grifos acrescentados)**.

Ademais, salienta-se que, como regra, diz-se que a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato e, inclusive, **decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória** (princípio da *Kompetenz-Kompetenz*).

Assim, se pairassem dúvidas acerca da própria contratação da cláusula compromissória arbitral, tal questão deveria ser dirimida pelo árbitro, não cabendo à parte intentar fazê-lo perante o juízo estatal.

E, como mesmo revela a Corte local, o juízo arbitral chegou a se pronunciar sobre a sua competência, senão veja-se:

Não fosse isso, possível extrair da sentença arbitral objeto do cumprimento de sentença que, além de já ter enfrentado a questão relativa à competência do juízo arbitral, foi proferida com “abrangência limitada de suas competências às controvérsias cujo regramento se encontra no ato jurídico de registro propiciado pelo Corretor que contempla a prevenção da arbitragem como obrigatória em um contrato nela registrado; neste caso no inteiro teor dos termos da confirmação nº 27.797/2011”, com a ressalva de que “Todas as demais obrigações nascidas do contrato que não coincidam com aquelas do Registro, devem ser alvo de outra jurisdição, em que se encontram às mesmas partes” (e-STJ fls. 143-144).

O acórdão recorrido, desta feita, deve ser mantido.

Diante, inclusive, do retratado nos autos, o que se percebe é a nítida ocorrência de litigância de má-fé por parte do recorrente, que, além de opor resistência injustificada ao andamento do processo, interpôs recurso manifestamente protelatório, o que atrai a aplicação da multa prevista no art. 81 do CPC/2015.

Forte nessas razões, CONHEÇO do recurso especial interposto por ROGERIO INACIO ROHR e NEGO-LHE PROVIMENTO, a fim de manter o acórdão recorrido quanto à rejeição da exceção de pré-executividade apresentada pelo recorrente.

Considerando a ocorrência de litigância de má-fé, nos termos dos arts. 79, 80 e 81 do CPC/2015, determino a aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor corrigido da causa.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2018/0285229-7 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.818.982 / MS**

Números Origem: 0801216-38.2014.8.12.0009 14101461820178120000 1410146182017812000050002
8012163820148120009

EM MESA

JULGADO: 04/02/2020

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSNIR BELICE**

Secretário

Bel. **WALFLAN TAVARES DE ARAUJO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ROGERIO INACIO ROHR
ADVOGADOS : JAASIEL MARQUES DA SILVA - MS005337B
MARLI TERESA MUNARINI - MS017640A
RECORRIDO : TRES DIVISAS ARMAZENS GERAIS LTDA
ADVOGADOS : MÁRCIO RICARDO GARDIANO RODRIGUES - MS007527B
ROBERTO RODRIGUES - MS002756
MARCOS FERNANDO GALDIANO RODRIGUES E OUTRO(S) - MS010891A
RAFAEL SCHIAVINATO CANOVA - SP273685

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Coisas - Promessa de Compra e Venda

CERTIDÃO

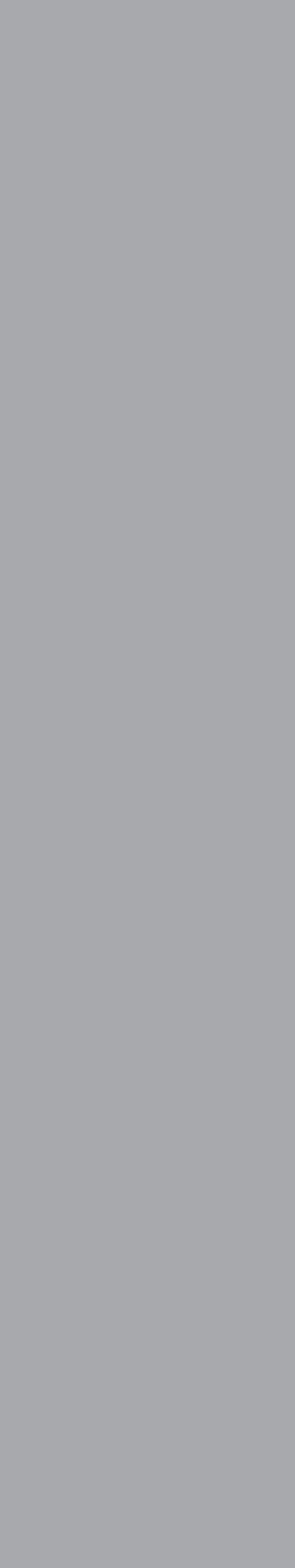
Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, conheceu e negou provimento ao recurso especial, com aplicação de multa, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

The background features a light gray gradient with several overlapping, semi-transparent circles of varying shades. A dense pattern of fine, parallel lines is visible, particularly in the lower right quadrant, creating a textured effect.

Notas



NOTAS PRELIMINARES À 1ª MINUTA DO CÓDIGO DE CONDUTA PARA ADJUDICADORES EM DISPUTAS DE INVESTIMENTO

AMANDA BUENO DANTAS

Mestranda em Direito do Comércio Internacional pela Universidade de São Paulo.
Pós-graduada em Direito dos Contratos pela Fundação Getulio Vargas – FGVLaw, SP.
Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada.
adantas@nanni.adv.br

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Definições e escopo de aplicação. III. Deveres dos adjudicadores.
IV. Limitação do número de atuações como adjudicador. V. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO

Em 1º de maio de 2020, os secretariados do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) e da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) disponibilizaram a primeira versão do *Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement* (ISDS) – em tradução livre para o português – Código de Conduta para Adjudicadores em Disputas de Investimento (Código de Conduta)¹.

A minuta foi preparada em conjunto pelo ICSID e pela UNICTRAL no âmbito das atividades do grupo de trabalho da UNCITRAL destinado à reforma das regras procedimentais do ICSID (*UNCITRAL Working Group III [ISDS reform]*) e partiu da análise comparada de parâmetros éticos recorrentes nos códigos de conduta de tratados de investimento, regulamentos de arbitragem aplicáveis às disputas de investimento e jurisprudência.

A estrutura da minuta contempla 12 artigos, divididos da seguinte forma:

- artigos 1 e 2: definição de termos relevantes e escopo de aplicabilidade do código;

1. Disponível em: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf]. Acesso em: 26.06.2020.

- artigo 3: resumo das obrigações dos adjudicadores;
- artigos 4 a 9: disposições detalhadas sobre princípios e requisitos para atuação dos adjudicadores sem conflito de interesse;
- artigos 10 e 11: entrevistas prévias e alocação de custos; e
- artigo 12: cumprimento do código.

O Código de Conduta foi idealizado para ser vinculante nos procedimentos de resolução de disputas entre investidores e Estados. Sua natureza diverge, portanto, daquela das conhecidas Diretrizes da *International Bar Association* (IBA) sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem. Internacional (Diretrizes da IBA).

Serão feitas comparações entre as Diretrizes da IBA e a minuta do Código de Conduta, além de outros apontamentos baseados em excertos doutrinários e nas sugestões enviadas por alguns países ao grupo de trabalho.

A comparação se justifica porque as Diretrizes da IBA foram concebidas para serem aplicáveis tanto a arbitragens comerciais internacionais quanto a arbitragens de investimento².

A presente análise é preliminar e não pretende em nenhuma medida esgotar a discussão sobre o tema.

Feitas tais considerações, passa-se a dissecar o conteúdo das disposições mais relevantes e mais controversas, na percepção da autora, do Código de Conduta.

II. DEFINIÇÕES E ESCOPO DE APLICAÇÃO

Nos termos do seu artigo 2º, o diploma aplicar-se-á, em princípio, a todos os adjudicadores envolvidos em quaisquer tipos de procedimento para resolução de disputas entre investidores e Estados³, sejam elas decorrentes de tratados internacionais de investimento, lei doméstica ou acordo entre as partes⁴.

2. De acordo com o item 5 da introdução das Diretrizes da IBA: “The Guidelines apply to international commercial arbitration and investment arbitration, whether the representation of the parties is carried out by lawyers or non-lawyers, and irrespective of whether or not non-legal professionals serve as arbitrators.”

3. “Article 2

Application of the Code

1. This Code applies to all persons serving as adjudicators in ISDS proceedings. Adjudicators shall take appropriate steps to ensure that their assistants are aware of, and comply with, the relevant provisions of this Code.”

4. “Article 1

Definitions

A escolha pelo termo adjudicadores visa abranger árbitros, membros de comitês de revisão e apelação de decisões e julgadores de corpos permanentes de resolução de disputas de investimento⁵.

No que diz respeito aos membros de corpos permanentes, o Código de Conduta deve incidir apenas quando de sua indicação para julgar determinada disputa, e não desde o processo de escolha e nomeação para o órgão julgador.

O § 1º do artigo 2º dispõe também que os adjudicadores devem tomar as medidas cabíveis para que seus assistentes atendam aos requisitos do Código de Conduta.

Já de acordo com o § 2º do artigo 2º, o Código de Conduta aplica-se inclusive aos candidatos a adjudicadores, a partir do primeiro contato feito tendo por objetivo sua indicação⁶.

O escopo de aplicação do Código de Conduta é notadamente amplo se comparado às Diretrizes da IBA, que se aplicam apenas aos árbitros e seus assistentes⁷, e não aos potenciais candidatos ao encargo, tal como ocorre no Código de Conduta.

For the purpose of this Code:

[...]

4. Investor-State dispute settlement” (ISDS) means a mechanism to resolve disputes involving a foreign investor and a State or a Regional Economic Integration Organization (REIO), or any constituent subdivision of the State or an agency of the State or the REIO, *whether arising under an investment treaty, domestic law or an agreement by the parties to the dispute.*” (destacou-se)

5. “Article 1 Definitions

For the purpose of this Code:

1. “Adjudicators” means arbitrators, members of international ad hoc, annulment or appeal committees, and judges on a permanent mechanism for the settlement of investor-State disputes;”

6. “Article 2

Application of the Code

[...]

2. Candidates must comply with the relevant provisions of the Code as soon as they are contacted in relation to a possible appointment.”

7. (5) Scope

(a) These Guidelines apply equally to tribunal chairs, sole arbitrators and co-arbitrators, howsoever appointed.

(b) Arbitral or administrative secretaries and assistants, to an individual arbitrator or the Arbitral Tribunal, are bound by the same duty of independence and impartiality as arbitrators, and it is the responsibility of the Arbitral Tribunal to ensure that such duty is respected at all stages of the arbitration.

De acordo com o princípio geral I das Diretrizes da IBA, o dever de imparcialidade e independência do julgador começa com a aceitação da indicação⁸ e não a partir do da mera consulta recebida tendo em vista sua nomeação.

O critério das Diretrizes da IBA parece ser mais condizente com a realidade dos procedimentos arbitrais, considerando que o processo de indicação do árbitro pode durar semanas – ou, em alguns casos, meses – para ao final sequer se concretizar.

Principalmente porque, como se verá no tópico IV a seguir, o *standard* de imparcialidade e independência adotado pelo Código de Conduta é severamente mais rígido que aquele das Diretrizes da IBA. O candidato à adjudicador no âmbito de disputas de investimento se veria impedido de atuar em diversas outras funções como advogado, mediador, *expert*, e até mesmo de publicar artigos, livros, comentários ou participar de eventos sobre temas que potencialmente serão tratados na disputa em que foi indicado desde o seu primeiro contato com a causa.

A situação se revela especialmente delicada para novos *players*, em particular àqueles que ainda exercem em volume considerável a advocacia e têm nela sua principal fonte de renda e de posicionamento no mercado.

Também não está claro porque no caso dos membros de comitês permanentes o exame do cumprimento dos requisitos do Código de Conduta deve-se dar a partir da sua efetiva indicação para o julgamento de um caso, enquanto para os demais o marco é o primeiro contato com o caso.

III. DEVERES DOS ADJUDICADORES

Os artigos 3^o e 4^o do Código de Conduta estabelecem os deveres dos adjudicadores, que não divergem daqueles usualmente presentes nas legislações nacionais de arbitragem, regulamentos e constantes das Diretrizes da IBA¹⁰.

8. “(1) *General Principle*

Every arbitrator shall be impartial and independent of the parties *at the time of accepting an appointment to serve* and shall remain so until the final award has been rendered or the proceedings have otherwise finally terminated.” (destacou-se)

9. “Article 3

Duties and Responsibilities

At all times, adjudicators shall:

- (a) Be independent and impartial, and shall avoid any direct or indirect conflicts of interest, impropriety, bias and appearance of bias;
- (b) Display the highest standards of integrity, fairness and competence;
- (c) Be available and act with diligence, civility and efficiency;
- (d) Comply with any confidentiality and non-disclosure obligations.”

Os adjudicadores devem ser independentes, imparciais, evitar conflitos de interesse diretos e indiretos, a aparência de parcialidade, assim como observar o dever de confidencialidade. Todos princípios básicos inerentes à função de árbitro.

O artigo 5^o¹¹ aborda o dever de revelação e traz uma extensa lista de elementos que devem ser revelados pelos adjudicadores, como:

-
10. “Article 4 Independence and Impartiality
 1. Adjudicators shall at all times be independent and impartial.
 2. In particular, adjudicators shall not:
 - (a) Be influenced by self-interest, outside pressure, political considerations, public clamour, loyalty to a party to the proceedings, or fear of criticism;
 - (b) Allow any past or ongoing financial, business, professional, family or social relationships to influence their conduct or judgement;
 - (c) Take action that creates the impression that others are in a position to influence their conduct or judgement;
 - (d) Use their position to advance any personal or private interests; or
 - (e) Directly or indirectly, incur an obligation or accept a benefit that would interfere, or appear to interfere, with the performance of their duties.”
 11. “Article 5
Conflicts of Interest: Disclosure Obligations
 1. Candidates and adjudicators shall avoid any direct or indirect conflict of interest. They shall disclose any interest, relationship or matter that could reasonably be considered to affect their independence or impartiality. To this end, candidates and adjudicators shall make all reasonable efforts to become aware of such interests, relationships and matters.
 2. Disclosures made pursuant to paragraph (1) shall include the following:
 - (a) Any professional, business and other significant relationships, within the past [five] years with:
 - (i) The parties [and any subsidiaries, parent-companies or agencies related to the parties];
 - (ii) The parties’ counsel;
 - (iii) Any present or past adjudicators or experts in the proceeding;
 - (iv) [Any third party with a direct or indirect financial interest in the outcome of the proceeding];
 - (b) Any direct or indirect financial interest in:
 - (i) The proceeding or in its outcome; and
 - (ii) An administrative proceeding, a domestic court proceeding or another panel or committee proceeding that involves questions that may be decided in the ISDS proceeding;
 - (c) All ISDS [and other [international] arbitration] cases in which the candidate or adjudicator has been or is currently involved as counsel, arbitrator, annulment committee member, expert, [conciliator and mediator]; and

(a) quaisquer relações significativas com as partes, suas subsidiárias, coligadas, advogados, demais adjudicadores, peritos ou outros experts que atuem ou tenham atuado no caso ou com terceiros que tenham interesse econômico no procedimento, dentro dos últimos 5 (cinco) anos;

(b) interesses financeiros diretos ou indiretos na disputa;

(c) todos os procedimentos de resolução de disputas entre investidores e estados ou arbitragens internacionais que tenham atuado em qualquer função, sem limitação de tempo, escopo ou natureza das demandas; e

(d) uma lista de todas as publicações relevantes do adjudicador e de seus discursos/palestras importantes.

Em que pese as notas explicativas afirmarem que o Código de Conduta adotou o critério da razoabilidade para determinar quais informações devem ser objeto de revelação, os elementos especificados pelo § 2º do artigo 5º parecem transcender essa barreira, principalmente nos itens (c) e (d).

O grupo de trabalho justifica a inclusão do item (c) com a necessidade de se evitar indicações repetidas e o chamado *issue conflict*, que nada mais é do que uma aparência de parcialidade que decorre do fato de o adjudicador ter julgado (ou estar em vias de julgar) matéria semelhante em procedimento distinto.

Esse tipo de conflito também estaria configurado nos casos de adjudicador ter publicado uma obra que contenha sua opinião sobre o tema que é objeto do mérito da disputa ou integre um escritório de advocacia que tenha em sua carteira clientes enfrentando problemas similares àqueles submetidos ao julgamento do adjudicador.

As discussões sobre o *issue conflict* na arbitragem internacional ainda não são suficientes para delimitar o que de fato consubstancia aparência de parcialidade nesses casos.

De acordo com o relatório da força-tarefa da ICCA sobre *issue conflict* em disputas de investimento¹², datado de 2016, poucos são os corpos de normas internacionais que tratam do tema de forma específica. As únicas regras identificadas pela

(d) A list of all publications by the adjudicator or candidate [and their relevant public speeches].

3. Adjudicators shall have a continuing duty to promptly make disclosures pursuant to this article.

4. Candidates and adjudicators should err in favour of disclosure if they have any doubt as to whether a disclosure should be made. Candidates and adjudicators are not required to disclose interests, relationships or matters whose bearing on their role in the proceedings would be trivial.”

12. Disponível em: [www.arbitration-icca.org/media/6/81372711507986/asil-icca_report_final_5_april_final_for_ridderprint.pdf]. Acesso em: 26.06.2020.

força-tarefa com referência expressa ao assunto são os *Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary*¹³.

A força-tarefa analisou ainda os *United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary* e *Hague Principles on Ethical Standards for Counsel Appearing before International Courts and Tribunals*, mas referidas normas não endereçam abertamente o *issue conflict*, apesar de ser possível enquadrá-lo em suas definições genéricas de imparcialidade e de independência. Da mesma forma ocorre com os regulamentos de arbitragem que foram estudados pela força-tarefa¹⁴.

O tema é tratado pelas Diretrizes da IBA em sua Parte II – listas não exaustivas de situações que podem gerar conflitos de interesse – no artigo 3.1.5¹⁵ da lista laranja e no artigo 4.1.1 da lista verde¹⁶.

Em síntese, no âmbito das Diretrizes da IBA, configura potencial conflito de interesses e matéria que deve ser trazida ao conhecimento das partes no exercício do dever de revelação a atuação prévia (nos últimos 3 [três] anos) em casos que envolvam (i) a mesma matéria e (ii) as mesmas Partes em disputa.

A verificação de tal elemento, como se vê, estaria satisfeita já com o escopo de revelação do item (a) do artigo 5º do Código de Conduta. O item (c) parece exigir do adjudicador revelação de informações impertinentes e capazes de causar problemas variados.

O excesso de informação pode ser utilizado por partes mal-intencionadas para provocar incidentes injustificados no processo de escolha dos árbitros, como a apresentação de impugnações infundadas com base em casos absolutamente não relacionados com a disputa em comento.

Pode também colocar o potencial adjudicador em situação, no mínimo, desconfortável, para não se dizer no limite da ilegalidade, eis que a revelação no âmbito do item (c), para se prestar ao fim pretendido pelo grupo de trabalho, teria de abranger (i) o nome das Partes envolvidas em todos os casos em que atuou ou atua o adjudicador e de quem partiu sua indicação; (ii) um breve (ou talvez não tão breve) resumo

13. Disponível em [www.ucl.ac.uk/laws/cict/docs/burgh_final_21204.pdf]. Acesso em: 26.06.2020. Vide artigos 7 e 9.

14. *ICSID Convention, UNCITRAL Arbitration Rules e AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*.

15. “3.1.5 The arbitrator currently serves, or has served within the past three years, as arbitrator in another arbitration on a related issue involving one of the parties, or an affiliate of one of the parties.”

16. “4.1.1 The arbitrator has previously expressed a legal opinion (such as in a law review article or public lecture) concerning an issue that also arises in the arbitration (but this opinion is not focused on the case).”

da matéria objeto de cada um dos procedimentos; (iii) o *status* de cada procedimento e, até mesmo, informações sobre o seu desfecho, a fim de se verificar qual teria sido o posicionamento, ao final, adotado pelo candidato.

Como se sabe, o adjudicador usualmente atua sob o regime de confidencialidade e sigilo, o que é reconhecido pelo próprio artigo 3º do Código de Conduta, e deve proceder com discrição no exercício de sua função. Assim é que disponibilizar tais informações a partes não relacionadas com as demandas que atua ou atuou pode colocar em risco sua idoneidade para o exercício do encargo de adjudicador.

A regra também parece eximir as partes de qualquer ônus de verificar o histórico do candidato a adjudicador. Muitos dos itens que são objeto de revelação são públicos e de fácil acesso aos interessados, a exemplo de obras ou artigos publicados.

O mesmo se passa com a revelação de eventuais casos em que o candidato tenha atuado ou atue como advogado ou expert. Nesse contexto, há ainda a chance de incidir em violação de (i) códigos de ética profissional aplicáveis a cada função exercida e (ii) legislações processuais nacionais.

É de se destacar a contradição entre o comentário do grupo de trabalho ao artigo 1º do Código de Ética em que se reforçou a inaplicabilidade das regras discutidas para advogados e experts justamente porque o exercício dessas funções estaria sujeito à regulação pelas associações profissionais respectivas e pela lei aplicável a cada caso¹⁷ e o escopo de revelação exigido pelo item (c) do artigo 5º.

Além de todo o exposto, o item (c) parece ser dispensável para evitar a ocorrência de nomeações repetitivas. Eventuais disputas em que o adjudicador tenha atuado envolvendo as mesmas partes inserem-se na revelação com fundamento no item (a) do artigo 5º.

O artigo 6º do Código de Conduta, ademais, já contempla uma restrição ao número de encargos e funções que podem ser assumidas simultaneamente pelos adjudicadores¹⁸, o que também limita a possibilidade de indicações reiteradas. O conteúdo da revelação constante do item (c) se apresenta, portanto, irrelevante para tal fim.

Já opiniões previamente expressadas pelos árbitros em obras ou palestras sobre o mesmo tema da disputa não caracterizariam conflito dentro das Diretrizes da IBA,

17. “It is suggested that the code should not apply to counsel, experts and other participants in the proceedings who would require different regulations and who would likely also be bound by applicable ethical rules of bar associations and the relevant applicable law.”

18. “Article 6

Limit on Multiple Roles

Adjudicators shall [refrain from acting]/[disclose that they act] as counsel, expert witness, judge, agent or in any other relevant role at the same time as they are [within X years of] acting on matters that involve the same parties, [the same facts] [and/ or] [the same treaty].”

mas deverão ser imperativamente reveladas nas disputas de investimento em conformidade com o item (iv) do artigo 5º do Código de Conduta.

Esse ponto também parece exigir maior reflexão por parte do grupo de trabalho. Uma das principais características da arbitragem – que também se estende aos demais procedimentos de resolução de disputas entre investidores e estados – é a especialidade do árbitro (ou do adjudicador).

O estudo e a produção acadêmica, bem como o exercício profissional na área, são o próprio caminho à especialidade. Eventual restrição imposta ao exercício de tais atividades tornaria cada vez mais difícil encontrar um adjudicador que tivesse condições de comprovar sua especialidade e experiência prévia com os temas em disputa sem a caracterização de conflito de interesses.

Além disso, tópicos importantes de direito material e procedimental – sobretudo aqueles mais recorrentes em disputas de investimento – tenderiam a ser negligenciados por parte relevante da comunidade acadêmica.

Novos *players* teriam a tarefa quase impossível de incrementar seus currículos sem que isso representasse uma potencial aparência de parcialidade no futuro. Nesse contexto, vale lembrar que eventuais alterações nas regras aplicáveis às disputas de investimento devem atentar para a busca pela diversidade, o que foi inclusive apontado pelo relatório do Governo de Bahrain¹⁹, encaminhado ao grupo de trabalho em 19 de julho de 2019.

Quer parecer que a atual redação do artigo 5º não estimula a diversidade ao restringir ainda mais o acesso de novos usuários ao sistema. A sistemática estabelecida pela atual redação do Código de Conduta – muito embora seja destinada a evitar indicações reiteradas dos mesmos profissionais – estreita os requisitos de imparcialidade e independência de tal maneira que apenas aqueles profissionais já consolidados e que se destinam exclusivamente ao exercício da função de adjudicadores serão passíveis de nomeação.

A preocupação do grupo de trabalho é pertinente e justificada, mas a redação do artigo 5º precisa ser aprimorada para garantir a sua funcionalidade.

Mesmo que seja adotado um *standard* extensivo para o exercício de dever de revelação, é necessário definir com maior precisão quais fatos devem ser revelados para que as partes possam identificar com clareza quais situações caracterizam conflito e justificam a apresentação de uma impugnação, sobretudo para se evitar impugnações frívolas.

Afinal, como os próprios comentários ao Código de Conduta reconhecem, impugnações ofertadas com fundamento em *issue conflict* raramente são acolhidas.

19. Disponível em: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/uncitral_wg_iii_bahrain_submission_31_july_2019.pdf]. Acesso em: 26.06.2020.

IV. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE ATUAÇÕES COMO ADJUDICADOR

Os artigos 6º e 8º do Código de Conduta buscam limitar o número de casos em que o adjudicador pode atuar simultaneamente. O artigo 6º, já mencionado anteriormente, pretende restringir a quantidade de casos relevantes assumidos pelo adjudicador simultaneamente, ainda que em diferentes funções (como advogado, *expert*, testemunha etc.).

Os limites do artigo 6º ainda não foram bem definidos. Não se sabe a qual período se aplicará a restrição, se ela incidirá apenas para os casos envolvendo as mesmas partes, o mesmo tratado ou se valerá para quaisquer casos com discussões similares.

O objetivo do artigo 6º é evitar o chamado “*double hatting*”, que ocorre quando:

“[...] an arbitrator wears multiple hats, as counsel, expert, adjudicator or member of an arbitral institution in other cases, while also sitting as arbitrator. The concern of double-hatting is that an arbitrator may end up favoring a position that he or she might adopt as counsel in another case, or has supported as expert or in service of his or her institution or court, or vice-versa.”²⁰

A redação do artigo 6º ainda é muito embrionária para o cumprimento dessa função, o que é reconhecido pelo grupo de trabalho nos comentários ao dispositivo. A medida em que o “*double hatting*” deve ser admitido ainda é incerta. Sua completa abolição representaria mais um obstáculo para o ingresso de novos *players*.

A sugestão de um tratamento diferenciado para aqueles que estão no início de carreira é complexa e pode não contemplar as especificidades de cada mercado, o que remete novamente à discussão sobre a necessidade de diversidade nas disputas de investimento. Limitar o número de atuações a “x” casos em “y” funções pode ter impactos distintos para profissionais de diferentes origens, isto é, talvez o número “x” de casos seja suficiente para alavancar a carreira de profissionais latino-americanos, por uma série de fatores que não convêm mencionar, mas não para permitir o crescimento de profissionais do oriente médio.

O artigo 8º, por seu turno, pretende limitar o número de casos em que os adjudicadores podem atuar simultaneamente no exercício da função de adjudicadores. A medida é semelhante ao escrutínio realizado pela Câmara de Arbitragem da Corte Internacional de Comércio (CCI).

20. GIORGETTI, Chiara; WAHAB, Mohammed. *A Code of Conduct for Arbitrators and Judges*. Apresentado no *Academic Forum on ISDS Concept Paper 2019/12* em 13 de outubro de 2019. Disponível em: [www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/papers/giorgetti-wahab-code-of-conduct-af-isds-paper-8-final--14-oct-2019-1.pdf]. Acesso em: 26.06.2020.

A medida visa garantir a disponibilidade do adjudicador para o julgamento tempestivo de todas as suas demandas. O tema não é menos controverso. Não é possível aferir com precisão a disponibilidade do adjudicador com base no número de casos em andamento sob sua responsabilidade.

A disponibilidade decorre mais das características dos casos em curso do que da quantidade de disputas pendentes. Casos com múltiplos incidentes procedimentais – usualmente aqueles envolvendo múltiplas partes, contestações à arbitralidade objetiva ou subjetiva da causa e conflitos de normas – demandam mais tempo dos adjudicadores e, conseqüentemente, costumam ter maior impacto em sua disponibilidade. Igualmente acontece naqueles casos com temas complexos de direito submetidos à deliberação.

Por outro lado, a depender da postura adotada para tribunal arbitral, referidos impactos podem ser drasticamente minimizados, notadamente quando há uma adequada divisão de tarefas entre os árbitros que integram o painel arbitral.

A estrutura organizacional de cada adjudicador também pode influenciar em sua disponibilidade. Aqueles que dispõem de uma equipe maior, com assistentes diferentes alocados para cada demanda, podem comportar um maior número de demandas simultâneas sem que haja prejuízo à celeridade e à eficiência do que aqueles que trabalham sozinhos.

Isso sem levar em consideração, obviamente, as características individuais de cada adjudicador. Há pessoas que possuem um ritmo de assimilação muito mais acelerado do que a média. Outras que, por possuírem extensa experiência, necessitam menos tempo para preparar decisões e/ou outras providências que se façam necessárias no curso do procedimento.

De igual modo, há que se considerar a existência de adjudicadores que se dedicam exclusivamente à tal função – sem, por exemplo, atuação paralela em escritório voltado à advocacia.

O ideal seria que cada adjudicador conduzisse um exame minucioso de suas próprias atribuições antes de aceitar um novo encargo, a fim de identificar se sua atual demanda de trabalho permite a assunção de um novo caso, eis que uma adequada aferição da disponibilidade é altamente subjetiva.

V. CONCLUSÃO

Como primeira minuta do Código de Conduta, a versão disponibilizada pelos secretariados da ICSID e da UNCITRAL cumpre o seu papel de fomentar o debate e de trazer à tona os anseios de investidores e estados quando o assunto é conflito de interesse.

Muito certamente será aprimorado até o lançamento da versão definitiva do Código de Conduta, pelo que os comentários ora tecidos devem ser considerados com ressalvas.

O público é convidado a submeter eventuais comentários à primeira minuta do Código de Conduta para o Secretariado da UNCITRAL (uncitral@un.org), ou do ICSID (icsidsecretariat@worldbank.org) até o dia 15 de outubro de 2020.

WEBINARS "IMPACTOS DA COVID-19 NA ARBITRAGEM" E "O BRASIL NO CONTEXTO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL"

ANTONIO ALBERTO RONDINA CURY

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Advogado em São Paulo.
antonioac@wald.com.br

Com a recente implantação de medidas de distanciamento social, em função da pandemia de COVID-19, viu-se a popularização de um novo formato de eventos acadêmicos e profissionais. São os *webinars* – seminários, congressos ou palestras on-line. Seu uso crescente, ainda que impulsionado pelas restrições impostas, dá-se mais pelas muitas vantagens que tal modelo oferece; entre elas, a flexibilidade de horários, menores custos e possibilidade de interação com os espectadores em tempo real, tal como num evento presencial. Em consequência, e como vantagem maior, democratiza-se muito o acesso ao conhecimento.

Como não poderia deixar de ser, a arbitragem – sempre movida pela inovação – foi uma das áreas em que mais floresceu esse novo tipo de eventos; muito frequentes, bem organizados e com temas cada vez mais variados. Dois deles merecem nota própria, pelo ineditismo e pela altíssima qualidade das exposições.

O primeiro deles é o *Webinar* “Impactos da COVID-19 na Arbitragem”, primeiro evento aberto organizado em meio virtual pela Comissão Especial de Arbitragem da OAB-SP, ocorrido em 29 de abril de 2020.

Seu primeiro painel, sobre a perspectiva no direito privado, foi iniciado pela apresentação do Prof. José Fernando Simão, que expôs a alteração das circunstâncias fáticas em que se firmaram os contratos levados à arbitragem, como que numa releitura da cláusula *rebus sic stantibus*, a partir da substancial alteração da situação negocial entre o momento em que o contrato se formou e aquela em que ele foi executado¹. Nesse contexto, nem sempre a conservação do contrato é possível; entretanto, sendo o princípio da conservação dos negócios um ideal social – e tendo esse

-
1. Foram indicados pelo expositor os seguintes artigos de sua autoria: 1) O contrato nos tempos da COVID-19 – Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. In: *Migalhas Contratuais*, 03.04.2020. 2) Pandemia e locação – algumas reflexões necessárias após a concessão de liminares pelo Poder Judiciário. Um diálogo necessário com Aline de Miranda Valverde Terra e Fabio Azevedo. In: *Migalhas Contratuais*, 24.04.2020.

ideal se alterado com a nova realidade pós-pandemia –, há que se focar na mitigação de perdas, ainda que com escolhas econômicas trágicas. Caberia aos tribunais arbitrais, então, ponderar essa situação e, principalmente, coibir eventuais abusos.

Seguiu-se a exposição do Prof. Rodrigo Octávio Broglia Mendes, que versou sobre o papel do contrato como modo pelo qual as partes organizam a sua cooperação, estabelecendo modos de governança para cooperação entre elas tendo em vista atingir um objetivo comum; um pouco distante da visão costumeira de tribunais arbitrais e advogados de que ele seja apenas uma estrutura de direitos e deveres, visão essa pautada em estratégias de proteção em eventual disputa. Nesse contexto, as partes precisam reconhecer a incerteza que permeia a atual situação econômica, que também estará presente no horizonte de sua contraparte. Por isso, sugere o Professor a inserção de gatilhos nos contratos para chamar as partes a renegociar, sozinhas ou auxiliadas por terceiros (por exemplo, um mediador). Com isso, dá-se um novo significado ao dever de renegociação, tanto para a relação material em si quanto como uma ajuda para que os árbitros tenham mais fundamento para decidir.

O painel foi encerrado pela Prof.^a Adriana Braghetta que, fazendo algumas ponderações sobre as exposições anteriores, mencionou a necessidade de se melhorar a redação dos contratos nesse novo contexto, esclarecendo o racional econômico e a alocação de riscos em seu texto para permitir aos árbitros uma melhor interpretação. Voltando-se aos procedimentos arbitrais em si, listou alguns desafios que serão enfrentados pelo instituto da arbitragem com o fim da pandemia; a maior parte deles seria ligada aos custos e poderia ser contornada com a previsão de árbitro único, procedimentos expeditos e soluções de financiamento; mas há, também, desafios ligados à condução dos procedimentos e audiências em meio digital, principalmente ligados à proteção de dados, que exige maiores cuidados.

O segundo painel analisou os impactos sob a perspectiva do direito público e se iniciou com o magistério do Prof. Egon Bockmann Moreira, que tratou dos efeitos da pandemia no regime dos contratos administrativos, que vai muito além daquele da Lei 8.666/93. Em contratos mais complexos, como os de investimento, deve-se ter em mente que a incompletude é natural nesses tipos contratuais; ou, em sua excelente síntese, “nesse tipo de contrato, a segurança jurídica vem da certeza de que haverá mudança”. Em todo caso, em contratos de longo prazo o interesse de ambas as partes, Administração Pública e contratado, deve ser preservado pela manutenção do projeto concessionário, não na garantia de lucros ou absorção de prejuízos. Justamente por isso, deve-se negociar ao máximo, evitando-se a litigiosidade judicial ou arbitral; para tanto, sugere o professor o uso de soluções como a mediação e os *dispute boards*, mormente para criar soluções para enfrentar a pandemia, que podem ou não ser incorporadas posteriormente ao contrato.

Em seguida, palestrou a Dra. Cristina Mastrobuono, sobre como se devem negociar os contratos administrativos na nova realidade pós-COVID-19. Entre as

dificuldades apresentadas e que precisarão ser contornadas, estão a situação de ajuste fiscal por que passam os entes públicos, a possibilidade ainda não explorada de expandir o tipo de investidores (como fundos de investimento, o que ainda não é muito comum no país), o foco ainda exacerbado no ganho político e as severas restrições de transporte e aglomerações. Nesse sentido, deve-se refletir a incerteza do futuro nos novos contratos, criando gatilhos para renegociar ou suspender certas obrigações (como os índices de desempenho e as multas por seu não atingimento).

O evento foi encerrado com a apresentação do Dr. Mauricio Morais Tonin, Procurador do Município de São Paulo, sobre a necessidade de se abraçar o sistema multiportas de solução de conflitos, que inclui o Código de Processo Civil, a Lei de Mediação, a Resolução do CNJ 125/2010², bem como o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a Lei de Desjudicialização do Município de São Paulo (Lei Municipal 17.324/2020). Por meio deles, pode-se desenhar o sistema de solução de disputas adequado para as novas questões a serem enfrentadas (*Dispute System Design*). Também chamou a atenção para a necessidade de se preservar, na prática, o gestor público nas transações, para que não seja indevidamente punido pelos órgãos de controle que não participaram da negociação e não se atentam ao contexto em que ela se insere. Por fim, tratou o Procurador do Parecer 261/2020 do Ministério da Infraestrutura, segundo o qual a COVID-19 configura caso fortuito ou força maior, caracterizando álea extraordinária para fins de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos³, posição que em muito vai influenciar as próximas discussões sobre o tema.

O segundo deles é o *Webinar “Warmup Hardtalk – O Brasil no Contexto da Arbitragem Internacional”*⁴, ocorrido em 20 de maio de 2020 e que trouxe para o ambiente virtual parte das discussões havidas no 7th Meeting Hard Talk New York⁵.

O debate foi moderado por Lauro Parente e se iniciou com breve exposição do Prof. Carlos Alberto Carmona, sobre a necessidade de adaptar a prática arbitragem no Brasil a um sistema transnacional, sem criar uma “arbitragem internacional à brasileira”.

Passou-se a palavra à Prof.^a Paula Forgioni, que discorreu sobre a tutela cautelar ou de urgência em matéria comercial e societária. Em seu entender, tal liminar inicial

-
2. Estes três primeiros diplomas tratados em artigo mencionado pelo expositor: GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: *O novo Código de Processo Civil – questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1-21
 3. Parecer 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, de 15.04.2020; NUP 50000.017282/2020-12.
 4. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=GDTCV81jtH4].
 5. Ocorrido em 21 de fevereiro de 2020, em Nova York, sob curadoria do Prof. Carlos Alberto Carmona.

é muito importante em termos estratégicos, pois estabiliza o litígio e permite às partes acomodarem-se naquele posicionamento. Assim, a parte que consegue a decisão liminar acaba em uma vantagem fática sobre sua contraparte – o que interfere na dinâmica do procedimento arbitral e nas possíveis negociações de acordos, ainda mais pela celeridade usual da vida societária. Em suma, a concessão ou a negativa de uma liminar tem o poder de mudar totalmente a dinâmica do litígio; e isso deve ser levado em consideração pelas partes na aferição do tempo, dinheiro e riscos envolvidos em uma arbitragem.

Seguiu-se a palestra da Dra. Valeria Galíndez, sobre a tutela cautelar ou de urgência na arbitragem internacional – a qual, embora em termos semelhantes aos da arbitragem doméstica, é muito mais complexa. Isso porque, embora em qualquer país o Judiciário seja mais rápido para medidas de urgência, muitas vezes, o investidor estrangeiro, por diversos motivos, escolhe não recorrer às cortes locais ou tem que lutar contra uma liminar concedida a uma parte nacional. Como saída, sugere-se o árbitro de emergência, utilizado pelas partes para confirmar ou derrubar uma decisão do Judiciário, ou mesmo para ampliar o debate perante uma pessoa que “pensa” e decide como árbitro – quer pela confiança no instituto, quer para ter um “termômetro” de como o tribunal arbitral pode direcionar a análise da causa.

O Professor Carmona, então, iniciou a primeira rodada de debates, com apontamentos sobre as exposições anteriores: os desincentivos para o pedido de árbitro de emergência, como custos, tempo, alta litigiosidade e baixa expectativa de cumprimento voluntário de sua decisão (o que levaria o caso ao Judiciário de toda forma); os benefícios de alguns Judiciários locais, como o da comarca de São Paulo, com varas especializadas; e os problemas com a redação das cláusulas compromissórias, que não se atentam para a necessidade de rapidez em medidas judiciais. Como solução para esta última questão, sugeriu uma espécie de *dépeçage*, pela qual se preveria que os árbitros, se tiverem que decidir qualquer questão em caráter de urgência, poderão fazê-lo no lugar em que esta decisão terá que ser cumprida; no Brasil, isso já permitiria a execução forçada da decisão por simples carta arbitral.

Sobre tal sugestão, explicou a Dra. Valeria Galíndez as dificuldades adicionais na arbitragem internacional, como leis que não preveem o regime de medidas de urgência antes ou durante a arbitragem, bem como a falta de direção específica dos regulamentos, como o da CCI, para o qual em matérias urgentes cabe intervenção tanto do árbitro de emergência quanto do Judiciário. Segundo ela, a solução poderia ser muito mais simples, prevendo-se apenas nas cláusulas compromissórias que “as partes poderão recorrer ao Judiciário durante a arbitragem”. Já a Prof.^a Paula Forgioni consignou a prática de impugnações e conflitos sem sentido para a parte que tem interesse na demora da confirmação do árbitro – problemas que o juiz togado não enfrenta.

Os expositores, então, iniciaram uma segunda rodada de debates, sobre a preparação dos advogados e dos estudantes de direito brasileiros para lidar com a arbitragem transnacional.

Segundo a Dra. Valeria Galíndez, ainda que o Brasil seja um dos maiores consumidores mundiais da arbitragem, trata-se de um mercado ainda concentrado nas mãos de grandes escritórios americanos e ingleses, com suas práticas e formas de advogar. A isso, soma-se o fato de os árbitros partirem de tradições jurídicas muito diferentes, de forma que é inadequado o advogado brasileiro tentar impor uma prática local sem saber se ela será eficiente para fins de convencimento. Por isso, é essencial alinhar as expectativas dos advogados (e, às vezes, até das partes) com as dos árbitros, sobre como o caso será exposto e o procedimento conduzido. Atualmente, porém, tem-se visto grande internacionalização dos advogados brasileiros, tanto pela prática em casos transnacionais quanto pela inserção de práticas internacionais em procedimentos domésticos.

Já para a Prof.^a Paula Forgioni, ainda há problemas na formação dos estudantes nas faculdades, que é moldada para o litígio, para o processo belicoso. Já há algumas faculdades mais atentas a isso, mas é essencial uma modificação de mentalidade, não só de currículos. Entre as sugestões para melhorar tal aspecto, listam-se os estágios em escritórios especializados, intercâmbios, cursos no exterior e a participação em *moots*.

Tal posição foi secundada pela Dra. Valeria Galíndez, para quem o maior inimigo dos advogados brasileiros na arbitragem é o altíssimo nível de agressividade, que chega a causar desconforto em alguns árbitros. Ela seguiu, então, para consignar que, em casos transnacionais, o tribunal arbitral tem a obrigação didática de explicar todos os detalhes de como o procedimento vai ser organizado, ainda que, por vezes, tenha que explicar o que lhes parece óbvio; é um trabalho hercúleo, de vez em quando negligenciado. Isso, em certas ocasiões, encontra resistência na prática brasileira, principalmente sobre a antecipação de como será produzida a prova e a produção de calendários mais extensos.

O evento terminou com uma rodada de perguntas do público. A primeira delas sobre se o juiz togado, no momento em que se faz substituir temporariamente ao Tribunal Arbitral ainda não formado, deve observar as regras para concessão de liminares previstas no regulamento de arbitragem aplicável ou aquelas previstas no Código de Processo Civil; ao que os palestrantes responderam afirmativamente, desde que não haja uma restrição estrutural ou violadora de ordem pública. A segunda versou sobre o limite do poder dos Tribunais Arbitrais em interferir na governança de companhias em sede liminar; fato não muito analisado pelos julgadores na prática, ao focarem apenas na existência de violação ou ameaça a direito (ainda que sua decisão para cessar implique tal intervenção). Por fim, foi trazida a questão da confidencialidade das sentenças arbitrais, indicando o Prof. Carmona que há algum

movimento na comunidade arbitral para que as Câmaras disponibilizem as decisões ou parte delas, diante da ausência de ditame legal que imponha confidencialidade obrigatória aos procedimentos.

Os dois eventos, reitera-se, apenas reforçam que é possível realizar um debate de alto nível por meio das plataformas digitais à disposição da comunidade arbitral. Com isso, é de se esperar uma disseminação cada vez maior dos *webinars*, com benefícios a todos os envolvidos, especialmente ao seu público-alvo.

ATUALIDADES DA ARBITRAGEM DOMÉSTICA

SUMÁRIO: Disputa Eldorado. Arbitragem Embraer e Boeing. Sentença parcial proferida em caso Petrobras.

DISPUTA ELDORADO

A maior arbitragem societária do Brasil socorreu-se dos recursos tecnológicos para minimizar as consequências da pandemia de COVID-19 no curso do procedimento arbitral. A audiência, que já estava designada para o mês de março de 2020, foi parcialmente conduzida por videoconferência em virtude das restrições impostas por autoridades sanitárias de diversos países.

Segundo noticiado pela *Revista Exame*, a audiência, que deveria ter ocorrido em São Paulo, foi conduzida pela plataforma *Zoom* para não atrasar o trâmite do procedimento, e contou com mais de 70 (setenta) participantes entre os dias 17 e 20 de março de 2020.

Os participantes se conectaram de diferentes lugares do globo, como Espanha, Brasil, Cingapura, Londres e Nova York, e asseguraram que tudo funcionou adequadamente.

ARBITRAGEM EMBRAER E BOEING

No dia 27 de abril de 2020, a Embraer noticiou como fato relevante na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) a instauração de procedimento arbitral contra a Boeing para discutir a rescisão do Acordo Global da Operação (*Master Transaction Agreement* – MTA), que previa formação de uma *joint venture* com 80% (oitenta por cento) de participação da Boeing e 20% (vinte por cento) da Embraer.

A Boeing havia informado no dia 25 de abril de 2020, em seu *site*, que a Embraer não cumpriu algumas obrigações contratuais essenciais para concretização do negócio.

SENTENÇA PARCIAL PROFERIDA EM CASO PETROBRAS

A *Revista Exame* noticiou no dia 22 de junho de 2020 que, no último dia 27 de maio de 2020, a Petrobras teria sido condenada por um tribunal arbitral constituído

perante a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM), associada à B3, a ressarcir as fundações Petros e Previ por desvalorização de suas ações por causa da Operação Lava Jato.

No mesmo dia, a Petrobras esclareceu à imprensa que a sentença arbitral parcial não encerrava o procedimento ou determinava o pagamento de valores pela companhia, e afirmou que pleiteará sua anulação “*em razão de suas graves falhas e impropriedades, atestadas inclusive por renomados juristas independentes, e continuará a se defender vigorosamente, nesta e nas demais arbitragens*”.

N.R.

CCI EMITE NOTA DE ORIENTAÇÃO PARA MITIGAR EFEITOS DA PANDEMIA DA COVID-19

AMANDA BUENO DANTAS

Mestranda em Direito do Comércio Internacional pela Universidade de São Paulo. Pós-graduada em Direito dos Contratos pela Fundação Getúlio Vargas – FGVLaw, SP. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada.
adantas@nanni.adv.br

Em 9 de abril de 2020, a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) emitiu nota contendo uma série de possíveis medidas que podem ser adotadas pelas partes, advogados e árbitros para mitigar os efeitos adversos da pandemia da COVID-19 em arbitragens administradas pela CCI (“Nota de Orientação”).

A Nota de Orientação reconhece o impacto da crise de saúde na economia mundial, bem como seus reflexos nos procedimentos arbitrais futuros e em andamento, mas adverte que tais impactos podem ser minimizados e até mesmo evitados por completo com o uso cuidadoso de técnicas já disponíveis no Regulamento de Arbitragem CCI (“Regulamento”)¹, em conjunto com as ações constantes da Nota de Orientação.

A Corte continua operacional, dando prosseguimento aos casos em curso e disponível para receber pedidos de instauração de novos procedimentos arbitrais. Logo em sua introdução, a Nota de Orientação destaca que certos aspectos da arbitragem não devem ser adiados em razão da pandemia, como a organização e o cronograma da conferência sobre a condução da arbitragem e as deliberações dos árbitros, inclusive a elaboração de minutas de sentença arbitral.

Segundo a Nota de Orientação, o prazo para a apresentação das minutas de sentença arbitral à Corte, bem como a política de redução de honorários do árbitro em caso de atraso injustificado, permanecem em vigor.

A Nota de Orientação remete a outros instrumentos e recomendações emitidas pela CCI com disposições que permitem garantir a eficiência do procedimento

1. Disponível em: [<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf>]. Acesso em: 25.04.2020.

arbitral mesmo em tempos de pandemia, tais quais o Apêndice IV do Regulamento e a “Nota às Partes e aos Tribunais Arbitrais sobre a Condução da Arbitragem”², bem como faz referência aos relatórios da Comissão de Arbitragem e ADR da CCI intitulados “*Controlling Time and Costs in Arbitration*”³ e “*Effective Management of Arbitration – A Guide for In-House Counsel and Other party Representatives*”⁴.

Também lista uma série de medidas que podem ser adotadas pelo Tribunal Arbitral para tal fim, enquadrando-as no artigo 24(3) do Regulamento⁵. Referidas medidas, que devem ser submetidas à consulta das Partes antes de sua adoção pelo Tribunal Arbitral, incluem: o julgamento do feito em etapas, com a prolação de uma ou mais sentenças parciais; a dispensa da audiência de instrução sempre que possível, procedendo-se com o julgamento com base em documentos; a adoção de um sistema de inquirição de testemunhas e/ou peritos por escrito, entre outras. O rol constante da Nota de Orientação não é exaustivo.

A Nota de Orientação estimula o trâmite dos procedimentos em formato exclusivamente eletrônico e reforça a necessidade de comunicação proativa entre os árbitros e a Secretaria, sobretudo na etapa de prolação da sentença arbitral.

Audiências por videoconferência também são contempladas pela Nota de Orientação, mas a possibilidade de condução de audiências presenciais não foi totalmente descartada pela Corte. Nesses casos, “*o tribunal e as partes devem discutir e aplicar as regras específicas e orientações no local físico da audiência e as medidas de saúde adequadas para garantir a segurança de todos*”, como a “*distância suficiente entre os participantes, disponibilizando máscaras e gel desinfetante*”⁶, sem prejuízo de outras medidas que se façam necessárias.

Antes da realização de audiências por videoconferência, incumbirá ao tribunal arbitral (i) avaliar se a adoção desse procedimento terá impactos na exequibilidade

2. Disponível em: [<https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-portuguese.pdf>]. Acesso em: 25.04.2020.
3. Disponível em: [<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/03/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration-english-version.pdf>]. Acesso em: 25.04.2020.
4. Disponível em: [<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/05/effective-management-of-arbitration-icc-guide-english-version.pdf>]. Acesso em: 25.04.2020.
5. “A fim de assegurar a condução eficaz do procedimento de forma contínua, o tribunal arbitral, após consultar as partes, por meio de uma nova conferência sobre a condução do procedimento, ou outro meio, poderá adotar outras medidas procedimentais ou modificar o cronograma.”
6. Trecho extraído do item 20 da Nota de Orientação. Disponível em: [<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-portuguese.pdf>]. Acesso em: 25.06.2020.

da sentença arbitral, (ii) fundamentar as razões que justificam a condução da audiência nessa modalidade e (iii) consultar as partes, nos termos do artigo 22(2) do Regulamento⁷.

A Corte orienta que o artigo 25(2) do Regulamento⁸ não seja interpretado como uma restrição à realização de audiências virtuais.


Na designação da audiência virtual, os árbitros devem observar: (i) eventuais diferenças de fusos horários dos participantes; (ii) requisitos dos locais físicos em que cada participante estabelecerá seu *link* de comunicação; (iii) meios de transcrição e gravação em tempo real; (iv) a necessidade de participação de intérpretes; (v) a possibilidade de compartilhamento de tela e uso de *bundles* eletrônicos.

O Anexo I da Nota de Orientação contém um *checklist* que deve ser adotado para as audiências conduzidas remotamente. A Nota de Orientação referencia, ainda, uma lista de opções de plataformas de videoconferência, que compara as funcionalidades de cada uma delas.

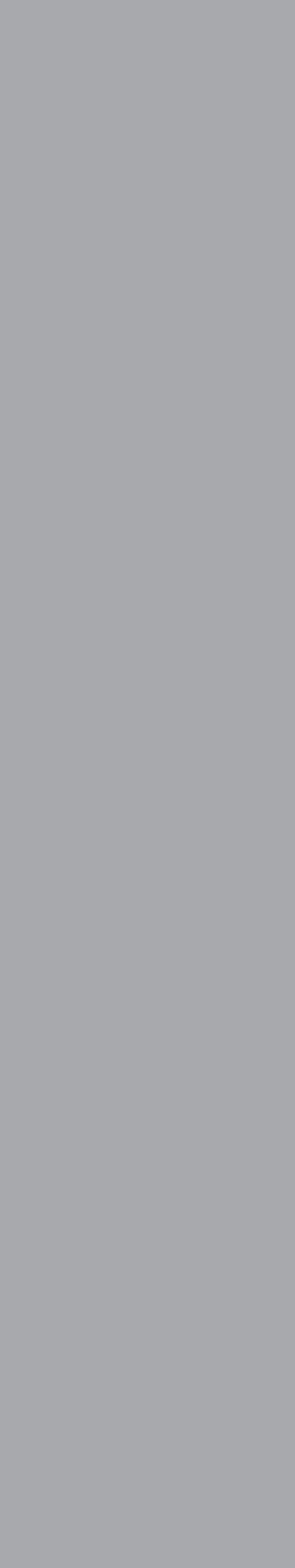
Por fim, a Nota de Orientação externa a preocupação da Corte em assegurar a segurança e a confidencialidade do procedimento arbitral.

De acordo com as cláusulas modelo sugeridas pelo seu Anexo II, fica a cargo do tribunal arbitral decidir, com base em informações fornecidas pelas Partes, quais providências adotará para atender aos requisitos ou normas de privacidade e/ou segurança aplicáveis.

-
7. “A fim de assegurar a condução eficiente do procedimento, o tribunal arbitral, depois de consultar as partes, poderá adotar as medidas procedimentais que considerar apropriadas, desde que não sejam contrárias a qualquer acordo das partes.”
 8. “Após examinar todas as manifestações das partes e todos os documentos pertinentes, o tribunal arbitral deverá ouvir as partes em audiência presencial, se alguma delas o requerer. Na ausência de tal solicitação, poderá o tribunal arbitral decidir ouvir as partes por iniciativa própria.”

The background features a light gray gradient with several overlapping, semi-transparent circles of varying shades. A dense pattern of fine, parallel lines is visible, particularly in the lower right quadrant, creating a textured effect.

Sumários de Revistas e Boletins



SUMÁRIOS DE REVISTAS E BOLETINS

ARBITRATION INTERNATIONAL

O v. 36, n. 1, de 2020, contém os seguintes artigos:

1. 'Johnny Veeder QC 1948-2020 From the General Editor', de Rusty Park
2. 'Substance and procedure in international arbitration', de Saar A Pauker
3. 'Hidden in the curtain of Article 44: formation rules of arbitration agreements and ICSID Arbitration Rules', de Mushegh Manukyan
4. 'There is no impending crisis: a look beyond the Sixth Circuit's decision to permit Section 1782 discovery for use in international commercial arbitration', de Jonathan J Tompkins
5. 'Fiona Trust in context: interpreting arbitration clauses following Rinehart v Hancock', de Jay Tseng
6. 'Impecunious parties in international commercial arbitration', de Marcel Carvalho Engholm Cardoso
7. 'Arbitration cases and preliminary references to the European Court of Justice-an assessment of 'the Danish Solution'', de Morten Broberg e Niels Fenger

JOURNAL OF INTERNATIONAL ARBITRATION

O v. 37, n. 3, de 2020, contém os seguintes artigos:

1. 'Teamwork Approach in Arbitration: A New Perspective', de Christoph Liebscher
2. 'Ten Years Later: Why the 'Renaissance of Expedited Arbitration' Should Be the 'Emergency Arbitration' of 2020', de Brendan Casey e Hamish Lal
3. 'Portfolio Investment in ICSID Arbitration: Just a Matter of Consent?', de Giorgio Riso
4. 'The 'Composite Transaction' and Extension of Arbitration Agreements in India', de Manasi Kumar
5. 'The Ministerial Approval Requirement for Arbitration Agreements in Egypt: Revisiting the Public Policy Debate', de Ibrahim Shehata

6. 'Book Review: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Article-by-Article Commentary, Eckart J. Brödermann. The Netherlands, Alpha aan den Rijn: Wolters Kluwer. 2018.', de Paul Hayes

ICC BULLETIN

O v. 1, de 2020, contém os seguintes artigos:

1. 'Message from the President'
2. 'Welcome from the Editors-in-Chief'
3. 'In Memoriam Johnny Veeder, QC', de Alexis Mourre
4. 'In Memoriam Narciso Cobo', de Alexis Mourre
5. 'How to Foster Amicable Settlement of International Construction Contracts Disputes?', de Eric Franco Regio
6. 'International Mediation and Private International law', de Dr. Haris Meidanis
7. 'Africa/Middle East, Egypt: Supreme Court Strikes a Chord: Establishing Support to Credible Institutional Arbitration, de Prof. Dr. Mohamed S. Abdel Wahab
8. 'Asia/Pacific, China: China's Take on Arbitrability of Anti-Trust Matters', de Arthur Ma, Dimitri Phillips e Amy Li
9. 'Asia/Pacific, India: The Arbitration and Conciliation (Amendment) Act, 2019', de Asha Rajan
10. 'Europe, Romania: National Courts Take a Conservative Position towards Emergency Arbitrator Orders', de Iona Toll
11. 'Middle East, UAE: Courts Offer Clarity on the Procedures for Enforcing Domestic and Foreign Awards', de Sally Kotb
12. 'The Accuracy of Fact Witness Memory in International Arbitration (without Appendices)'
13. 'ICC Commission on Arbitration and ADR'
14. 'ICC Acting as Amicus as Curiae Waleed Al-Qarqani, et al v. Chevron Corporation and Chevron U.S.A. Inc.'
15. 'ICC Acting as Amicus as Curiae Uber Technologies Inc., et al. v. David Heller'
16. 'ICC Acting as Amicus as Curiae Halliburton Company v. Chubb Bermuda Insurance Ltd'

17. 'ICC Note on Arrangement Concerning Mutual Assistance in Court-Ordered Interim Measures in Aid of ICC Arbitrations Seated in Hong Kong and Administered by the Secretariat Asia Office', de ICC Guidance Note on the Arrangement
18. 'Mainland Chinese Courts Can Order Interim Measures in Support of ICC Arbitrations Seated in Hong Kong', de Helen Shi
19. 'ICC Indian Arbitration Day 14 Sept. 2019', de Mridul Godha Gunjan Mathur
20. 'ICC Institute Training: Production of Documents New York, 3 October 2019', de Agustina Alfaro e Matilde Flores
21. 'ICC New York Conference 4 October 2019', de Ellen-Louise Moens Claudine Helou
22. 'ICC Institute Training: Drafting Enforcable Awards Abu Dhabi, 24 October 2019', de Soraya Corm-Bakhos Farah Haidar
23. '60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges', de Agnieszka Ason
24. 'The Costs of Investment Treaty Arbitration in the Age of Social Media, Fake News, and the Emergence of a New Nationalism', de Alexandre de Gramont
25. 'A Research and Practice Guide to Interest in International Arbitration', de Simon Greenberg
26. 'UNIDROIT Principles 2016: An Article-by-Article Commentary', de Andrew Tetley

TDM – TRANSNATIONAL DISPUTE MANAGEMENT

O n. 3, de 2020, contém os seguintes artigos:

1. 'TDM Special Issue on "The United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)" – Introduction, de D. Collins
2. 'Twenty-Five Years of NAFTA Panel Review of Trade Remedy Determinations: Is Chapter 19 Still Relevant?', de T.R. Posner e N.W. Cunningham
3. 'How much of the Transpacific Partnership is in the United States-Mexico-Canada Agreement?', de W. Alschner e R. Panford-Walsh
4. 'Regulating Corruption Through Free Trade Agreements: An Analysis of the NAFTA 2.0 Anti-corruption Provisions', de C. Chijioko-Oforji

5. 'From NAFTA to USMCA: Changes to the Rules of Origin in Chapter 4 and Potential Impact on the Auto Industry', de N. van den Broek, S. Sprinkle e S. Forrest
 6. 'New "Rule of Origin" Provisions in the United States-Mexico-Canada Agreement May Lead to Increased Litigation Regarding Regional Value Content', de S.E. Reynolds, J.T. Coleman, M. Marmolejo e M.A. Toman-Miller
 7. 'Canada's Approaches to Investor State Dispute Settlement: Addressing Divergencies among CETA, USMCA, CPTPP and the Canada-China FIPA', D.A. Gantz
 8. 'Navigating Investors' Rights under the USMCA', É. Franzetti
 9. 'The USMCA Revisited: The Beginning of the End for Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Between Developed Countries ... and Developing as Well?', de J.M. Alvarez Contreras
 10. 'ISDS During a Period of Transformation. Favoring Domestic Courts and Selective Judicialization in USMCA', de Ł Kułaga,
 11. 'The Protection of Workers Rights Under the USMCA: A Brand-New Deal, A Paradigm Shift or A Missed Opportunity?', de M.A. Corvaglia
- O n. 4, de 2020, contém os seguintes artigos:
1. 'TDM Special Issue on "International Arbitration in Times of Economic Nationalism: An Introductory Overview"', de B. Arp de R. Polanco Lazo
 2. 'The Bi-Annual Symposium on Salient Issues in International Arbitration: International Arbitration in Times of Economic Nationalism', de H.A. Grigera Naón
 3. 'A Levee Against Rising Tides: How Investor State Arbitration Can Rein in Economic Nationalism', de A. Ritwik e C.O. Yim
 4. 'Public Private Partnerships Dispute Resolution in Latin America: The Balance Between Attracting Foreign Investment and Pursuing Public Policy', P. Debuchy e A. Kamath
 5. 'The African States' Diverging Policies Towards International Arbitration', de G. Aréou
 6. 'Canada's Approaches to Investor State Dispute Settlement: Addressing Divergencies among CETA, USMCA, CPTPP and the Canada-China FIPA', de D.A. Gantz
 7. 'The USMCA Revisited: The Beginning of the End for Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Between Developed Countries ... and Developing as Well?', de J.M. Alvarez Contreras

8. 'Do International Commercial Courts Compete with International Arbitration? – The Experience of China International Commercial Court', de D. Xie e C. Wang
9. 'International Arbitration in Dubai Courts: Let the Data Speak for Itself', de K. Seif e D. Aranki
10. 'Reflections on the Future of Arbitration in Dubai and the Middle East', de F.E. Nasrallah e G. Blanke
11. 'Moving Towards to a Common Definition of 'Public Policy'', de A. Vid-yarthi e S. Hyaat

THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT AND TRADE

O v. 21, n. 2-3, de 2020, contém os seguintes artigos:

1. 'Special Issue: UNCITRAL and Investment Arbitration Reform: Matching Concerns and Solutions. An Introduction', de Malcolm Langford, Michele Potestà, Gabrielle Kaufmann-Kohler e Daniel Behn
2. 'Empirical Perspectives on Investment Arbitration: What Do We Know? Does It Matter?', de Daniel Behn, Malcolm Langford e Laura Lé-tourneau-Tremblay
3. 'Excessive Costs and Recoverability of Costs Awards in Investment Arbitration', de Gabriel Bottini, Catharine Titi, Facundo Pérez Aznar, Julien Chaisse, Marko Jovanovic e Olga Puigdemont Sola
4. 'Duration of Investor-State Dispute Settlement Proceedings', de José Manuel Álvarez Zárata, Crina Baltag, Daniel Behn, Jonathan Bonnitcha, Anna De Luca, Holger Hestermeyer, Malcolm Langford, Loukas Mistelis, Clara López Rodríguez, Gregory Shaffer e Simon Weber
5. 'Parsing and Managing Inconsistency in Investor-State Dispute Settlement', de Julian Arato, Chester Brown e Federico Ortino
6. 'Responding to Incorrect Decision-Making in Investor-State Dispute Settlement: Policy Options', de Anna De Luca, Mark Feldman, Martins Paporinskis e Catharine Titi
7. 'The Diversity Deficit in International Investment Arbitration', de Andrea K. Bjorklund, Daniel Behn, Susan D. Franck, Chiara Giorgetti, Won Kidane, Arnaud de Nanteuil e Emilia Onyema
8. 'Independence and Impartiality of Adjudicators in Investment Dispute Settlement: Assessing Challenges and Reform Options', de Chiara Giorgetti, Steven Ratner, Jeffrey Dunoff, Shotaro Hamamoto, Luke Not-tage, Stephan W. Schill e Michael Waibel

9. 'Interest in International Arbitration, written by Matthew Secomb', de Penelope Nevill
10. 'General Principles of Law and Investment Arbitration, edited by Andrea Gattini', de Attila Tanzi e Filippo Fontanelli

REVUE DE L'ARBITRAGE

O n. 1, de 2020, contém os seguintes artigos:

1. 'La preuve dans l'arbitrage, Paris, 29 novembre 2019', de Pierre Mayer e Jacques Pellerin
2. 'La charge de la preuve', de Augustina Ynes
3. 'L'obtention ex parte d'un document en matière d'arbitrage', de Jean-Yves Garaud e Elisabeth Yung
4. 'Les preuves obtenues de façon déloyale', de grégoire bertrou
5. 'La preuve dans l'arbitrage : Prague Rules v. IBA Rules', de Marc Henry e Eduardo Silva Romero
6. 'Les preuves détenues par l'autre partie', de Nathalie Meyer-Fabre
7. 'Les témoignages dans l'arbitrage', de Marianne Kecsmar
8. 'Le standard de la preuve en arbitrage international', de Simon Greenberg
9. 'Les conflits de lois en matière de preuve dans l'arbitrage international', de Christophe Seraglini
10. 'La preuve du dommage em arbitrage', de Olivier Caprassé e Maxime Tecqmenne
11. 'La preuve de la corruption', de Sophie Lemaire
12. 'Les arbitres appliquant les Principes unidroit statuent endroit et non en équité, note sous Paris, 25 février 2020', de Dominique Bureau
13. 'L'exécution des sentences arbitrales contre les états et leurs émanations à l'aune de la loi Sapin ii, note sous Paris, 5 septembre 2019', de Jean-Yves Garaud e Camille Martini
14. 'Cour suprême du Mexique, 13 novembre 2019', de Gueorgui Babitchev
15. 'Assemblée plénière de la Cour suprême de la Fédération de Russie, 10 décembre 2019, Ord. n° 53', de James A. Graham et Sebastián Partida
16. 'Chronique De Droit Des modes amiables de règlement des conflits', de Jean-Philippe Tricoit

17. ‘Sommaries de Jurisprudence’
18. ‘Zajdela (basile), l’autorité de la chose jugée devant l’arbitre du commerce international’, de Charles Jarrosson
19. ‘Seraglini (Christophe) et OrstcheiDt (Jérôme), droit de l’arbitrage interne et international’, de Charles Jarrosson
20. ‘Index analytique’

REVISTA BRASILEIRA DE ARBITRAGEM

O v. 65, de 2020, contém os seguintes artigos:

1. ‘Arbitrabilidade Objetiva dos Conflitos com a Administração Pública’, de João Pedro Accioly
2. ‘O compromisso arbitral e o momento de nomeação dos árbitros: por uma interpretação razoável do art. 10 da Lei de Arbitragem’, de Marcelo Levitinas e Luisa Cabral de Melo Marques Coelho
3. ‘Treaty Interpretation in investor-state arbitration’, de Bruno Sousa Rodrigues
4. ‘A Análise econômico-jurídica da arbitragem expedita’, de Andreia Propp Arend e Luciano Benetti Timm
5. ‘Conflito de Competência. Cláusula Arbitral. Recuperação Judicial. Juízo Universal Material. Litígio Societário Envolvendo Acionista Minoritário. Plano de Recuperação Judicial. Aumento de Capital Social Como Meio de Recuperação. Brasil. Superior Tribunal de Justiça – Conflito de Competência – Segunda Seção. Relatora para o acórdão Ministra Nancy Andrichi – 10.10.2018.’, de Ricardo Borges Ranzolin
6. ‘Direito Processual Civil. Ocorrência de Prescrição. Juízo Arbitral. Ato Interruptivo. Brasil. Superior Tribunal de Justiça – Agravo em Recurso Especial – Primeira Turma. Relator Ministro Gurgel de Faria – 07.12.2017.’, de Thiago Marinho Nunes
7. ‘Arbitration. Applicability of section 87 of Arbitration and Conciliation Act, 1996 Constitutional Validity of Section 87 of Arbitration and Conciliation Act, 1996 as Inserted by Section 13 of Arbitration and Conciliation (Amendment) Act, 2019. Constitutional Validity of Repeal of Section 26 as Inserted by the Arbitration and Conciliation (Amendment) Act, 2015. Challenge to Various Provisions of Insolvency and Bankruptcy Code, 2016 India. Hon’ble Supreme Court of India. Appellate Jurisdiction. Author: Rohinton Fali Nariman – 27.11.2019’, de Nikhil Palli

8. 'Arbitragem internacional. Sentença arbitral. Exequatur. Corrupção. Prova. Ordem pública internacional. Violação. França. Cour d'Appel de Paris – Apelação contra decisão concedendo exequatur – Pôle 1 – 28.05.2019. Alstom Transport SA (França) 2. Alstom Network UK Ltd (Reino Unido) v. Alexander Brothers Ltd (Hong Kong)', de Pedro Arcoverde
9. 'Resolução nº 45 da Procuradoria-Geral do Estado sobre o cadastramento de câmaras arbitrais pelo estado de São Paulo: um comentário', de Maria Claudia Procopiak
10. 'Nota sobre o IV Oxford Symposium on Comparative International Commercial Arbitration de 15 de Novembro de 2019', de Carolina Apolo Roque
11. 'Rethinking Choice of Law and International Arbitration in Cross-border Contracts: A Roundtable with Stakeholders', de Gustavo Becker Monteiro e Ana Coimbra Trigo
12. 'Participação de Terceiros na Arbitragem, de Marcela Kohlbach de Faria', resenha por Fernanda Medina Pantoja
13. 'A convicção do árbitro: do inconsciente à sentença arbitral, de Octavio Fragata', resenha por Leonardo Corrêa

JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL – CLUNET

O nº. 2, de 2020, contém os seguintes artigos:

1. 'Les obligations de l'État côtier face aux dangers pour la navigation maritime dans ses eaux côtières', de Syméon KaraGiannis
2. 'Conflits intra-européens de lois et conflits de souverainetés', de Djoleen Moya
3. 'Quelle boussole pour un monde déboussolé ?', de Mireille Delmas-Marty
4. 'Les tribus indiennes et les États-Unis ou l'énigme d'une souveraineté inhérente, mais subordonnée', de Renan Le Mestre
5. 'L'immunité des membres du Parlement européen. Observations sur l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 19 décembre 2019, Oriol Junqueras Vies', de Isabelle Pingel
6. 'France – (Gestation pour autrui. – Recours en révision. – Transcription de l'acte de naissance : comm. 8, p. 625), David Sindres (Gestation pour autrui. – Procréation médicalement assistée. – Parent d'intention: comm. 9, p. 636), Eric Loquin (Arbitrage international. – Ordre public

- international. – Convention de Mérida. – Exequatur : comm. 10, p. 667), de Jeremy Heymann e Fabien Marchadier
7. ‘CJUE – (Insolvabilité. – Exception de litispendance. – Règlement (UE) n° 1215/2012. – Règlement (CE) n° 1346/2000 : comm. 11, p. 697)’, de Fabienne Jault-Seseke e David Robine
 8. ‘Cour de justice et tribunal de l’Union européenne’, de Delphine Dero-BuGny, Muriel Chagny e Cyril Nourissat
 9. ‘Chronique de coopération judiciaire’, de Kamalia Mehtiyeva
 10. ‘Comptes rendus d’ouvrages’
 11. ‘Ouvrages reçus’
 12. ‘Revue des revues’
 13. ‘Traités et actualités législatives’
 14. ‘Tables trimestrielles détaillées’

ASA BULLETIN

O vol. 38, n° 2, de 2020, contém os seguintes artigos:

1. ‘President’s Message’, de Felix Dasser
2. ‘The Bulletin in Brief’, de Catherine A. Kunz e Matthias Scherer
3. ‘Advantages and Benefits of the Revised Swiss Rules of Mediation 2019 – in Light and in Line with the Singapore Convention’, de Caroline Ming e Christian Iovene
4. ‘Investment Management and Corporate Structuring Considerations for Third-Party Litigation Funders in Luxembourg’, de Olivier Marquais e Alain Grec
5. ‘Die Schweiz als Schiedsort für Investitionsstreitigkeiten – Erkenntnisse aus der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts Teil II’, de Bernhard Berger
6. ‘Schiedsklauseln in Vereinsstatuten Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil 5A_1027/2018* vom 22. Juli 2019 und zur Revision des 12. Kapitels des IPRG und des Aktienrechts (Teil II)’, de Hans-Ueli Vogt e Patrick Schmidt
7. ‘The Shadow Arbitrator: Mere Luxury or Real Need?’, de Jörg Risse
8. ‘Ex Aequo et Bono and Arbitration Theories: an Arbitrator’s Subjective Perspective of Fairness as the Final ‘Gap-Filler’’, de Nobumichi Teramura

9. 'Aligning Arbitrator Assistance with the Parties' Legitimate Expectations: Proposal of a 'Traffic Light Scale of Permissible Tribunal Secretary Tasks', de J. Ole Jensen
10. 'Beyond High Hopes and Dark Fears: Towards a Deflationary View of Soft Law in International Arbitration', de Daniel Greineder e Anastasia Medvedskaya
11. 'A Introduction to the Case Law Section', de Catherine A. Kunz e Matthias Scherer
12. 'B Swiss Case Law Swiss Federal Supreme Court Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_342/2019, Urteil vom 6. Januar 2020, A. Co. Ltd. gegen B. GmbH, Bundesrichterin Kiss, Präsidentin, Bundesrichterinnen Hohl, Niquille, Gerichtsschreiber Leemann. (Auszüge)'
13. 'Tribunal fédéral, Ire Cour de droit civil, 4A_143/2018, Arrêt du 4 avril 2018, X. contre Z. A G, Mmes les juges Kiss, présidente, Hohl et Niquille. Greffier : M. Thélin.'
14. 'Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_386/2018, Urteil vom 27. Februar 2019, A. Ltd. gegen B. A.S., Bundesrichterin Kiss, Präsidentin, Bundesrichterinnen Hohl, Niquille, Gerichtsschreiber Gross.'
15. 'Tribunale federale, I Corte di diritto civile, 4A_597/2019, Sentenza del 17 marzo 2020, A. contro I. International Association of Athletics Federation IAAF, 2. Italian National-Anti-Doping Organization (NADO Italia), 3. Federazione Italiana di Atletica Leggera (FIDAL), 4. World Anti-Doping Agency (WADA), Giudici federali Kiss, Presidente, Hohl, May Canellas, Cancelliere Piatti.'
16. 'Tribunal fédéral, Ire Cour de droit civil, 4F_8/2018, Arrêt du 14 mars 2018, A. contre club B. Mmes les Juges Kiss, présidente, Klett et May Canellas. Greffier: M. Carruzzo.'
17. 'Tribunal fédéral, Ire Cour de droit civil, 4A_539/2018, Arrêt du 27 mars 2019, X. contre Z., Mmes les juges Kiss, présidente, Klett et Hohl. Greffier : M. Thélin. (Extraits)'
18. 'Tribunal fédéral, Ire Cour de droit civil, 4F_7/2019, Arrêt du 27 août 2019, A. contre B., Mmes les Juges fédérales Kiss, présidente, Klett et Hohl. Greffier: M. O. Carruzzo. (Extraits)'
19. 'ASA News'
20. 'Bibliography'

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. A *seleção* de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico, o qual, caso as aceite, poderá adaptá-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e das condições da *Cessão de Direitos Autorais de Colaboração Autoral Inédita e Termo de Responsabilidade*, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais.
 - 2.1. A publicação ocorrerá em duplo formato: impresso e digital.
 - 2.2. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicado nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa, seja em mídia eletrônica.
 - 2.3. O material recebido e não publicado não será devolvido.
3. Normas de publicação
 - 3.1. Formatação exigida para os artigos
 - (a) Tamanho do papel: A4.
 - (b) Tamanho do texto: mínimo de 15 e máximo de 30 laudas (cada lauda deve ter 2.100 caracteres sem espaços, incluindo notas de rodapé e bibliografia), com exceção dos comentários jurisprudenciais e legislativos, que poderão contar com um número de laudas inferior ao mínimo estabelecido.
 - (c) Margens: superior e inferior de 2,0 cm, esquerda e direita de 3,0 cm.
 - (d) Alinhamento: justificado.
 - (e) Fonte: Times New Roman, normal, com tamanho 12 para título, corpo de texto, citações e sumário e tamanho 10 para notas de rodapé (não utilizar notas de fim).
 - (f) Espaçamento entre linhas: 1,5.
 - (g) Destaques: em itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou o sublinhado.
 - (h) Citações: entre aspas – quando ultrapassar três linhas, usar recuo de 4 cm (nesse caso, não usar aspas). Caso haja destaque em citação, indicar “grifo nosso” se for do autor do artigo e “grifo do autor” se for do autor citado (original).

(i) Título do artigo em português e em inglês.

(j) Lista de cinco palavras-chave em português e em inglês (*keywords*).

(k) Resumo do artigo em português e em inglês com, no máximo, 750 caracteres (sem espaços).

(l) O *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo: Pós-Doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.

(m) As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os

dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de *sites*, deve-se indicar a data de acesso. Ex.: STRECK, Lenio Luiz. *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!* Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>]. Acesso em: 22.10.2017.

4. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *aval.artigo@thomsonreuters.com*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro, os arquivos devem ser gravados no formato *.rtf* (de leitura comum a todos os processadores de texto). Indicar no assunto do *e-mail* o nome da revista para a qual deseja que o artigo seja avaliado.
5. Pressupõe-se a autorização de publicação dos artigos encaminhados, quando aprovados. Após a aprovação, será enviada uma cessão de direitos autorais, para que o Autor possa receber um exemplar de cortesia da publicação.

A GARANTIA DA MOTIVAÇÃO E O ARTIGO 935 DO CÓDIGO CIVIL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DO JUÍZO CÍVEL ÀS SENTENÇAS DO TRIBUNAL DO JÚRI

*REASONED DECISIONS AND THE ARTICLE 935 OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE:
UNCONSTITUTIONALITY OF THE BINDING EFFECTS FROM
THE JURY'S DECISIONS TO THE CIVIL JUSTICE*

DANIEL DE OLIVEIRA PONTES

Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. danielop@globocom.com

Data de recebimento: 01.11.2017

Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil; Penal

RESUMO: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

PALAVRAS-CHAVE: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

KEYWORDS: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.¹

Seja como for, é indubitoso que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, abr.-jun. 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.
- TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hendu*, n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

Diagramação eletrônica:
Linotec Fotocomposição e Fitolito Ltda., CNPJ 60.442.175/0001-80
Impressão e encadernação:
DEK Comércio e Serviços Ltda., CNPJ 01.036.332/0001-99

