

CADERNOS
 **FGV PROJETOS**

ABRIL/MAIO 2017

ANO 12 | Nº 30

ISSN 19844883

SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Prefácio

MINISTRO GILMAR FERREIRA MENDES

Entrevista

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Depoimento

KAZUO WATANABE

em parceria com

idp

INSTITUTO
BRASILIENSE DE
DIREITO PÚBLICO

CADERNOS
 **FGV PROJETOS**

SOLUÇÃO DE CONFLITOS

em parceria com

idp INSTITUTO
BRASILIENSE DE
DIREITO PÚBLICO



Primeiro Presidente Fundador
Luiz Simões Lopes

Presidente
Carlos Ivan Simonsen Leal

Vice-Presidentes
Sergio Franklin Quintella, Francisco Oswaldo Neves Dornelles e
Marcos Cintra Cavalcante de Albuquerque

CONSELHO DIRETOR

Presidente
Carlos Ivan Simonsen Leal

Vice-Presidentes
Sergio Franklin Quintella, Francisco Oswaldo Neves Dornelles e
Marcos Cintra Cavalcanti de Albuquerque

Vogais
Armando Klabin, Carlos Alberto Pires de Carvalho e Albuquerque,
Cristiano Buarque Franco Neto, Ernane Galvêas, José Luiz Miranda,
Lindolpho de Carvalho Dias, Marcílio Marques Moreira e Roberto Paulo
Cezar de Andrade

Suplentes
Aldo Floris, Antonio Monteiro de Castro Filho, Ary Oswaldo Mattos Filho,
Eduardo Baptista Vianna, Gilberto Duarte Prado, Jacob Palis Júnior,
José Ermírio de Moraes Neto, Marcelo José Basílio de Souza Marinho e
Maurício Matos Peixoto

CONSELHO CURADOR

Presidente
Carlos Alberto Lenz César Protásio

Vice-Presidente
João Alfredo Dias Lins (Klabin Irmãos e Cia)

Vogais
Alexandre Koch Torres de Assis, Andrea Martini (Souza Cruz S.A.), Antonio Alberto Gouvea Vieira,
Eduardo M. Krieger, Rui Costa (Governador do Estado da Bahia), José Ivo Sartori (Governador
do Estado do Rio Grande Do Sul), José Carlos Cardoso (IRB - Brasil Resseguros S.A.), Luiz Chor,
Marcelo Serfaty, Márcio João de Andrade Fortes, Murilo Portugal Filho (Federação Brasileira
de Bancos), Orlando dos Santos Marques (Publicis Brasil Comunicação Ltda.), Pedro Henrique
Mariani Bittencourt (Banco BBM S.A.), Raul Calfat (Votorantim Participações S.A.), Ronaldo
Mendonça Vilela (Sindicato das Empresas de Seguros Privados, de Previdência Complementar
e de Capitalização nos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo), Sandoval Carneiro Junior e
Willy Otto Jorden Neto

Suplentes
Cesar Camacho, Clóvis Torres (Vale S.A.), José Carlos Schmidt Murta Ribeiro, Luiz Ildefonso
Simões Lopes (Brookfield Brasil Ltda.), Luiz Roberto Nascimento Silva, Manoel Fernando
Thompson Motta Filho, Nilson Teixeira (Banco de Investimentos Crédit Suisse S.A.), Olavo
Monteiro de Carvalho (Monteiro Aranha Participações S.A.), Patrick de Larragoiti Lucas (Sul
América Companhia Nacional de Seguros), Rui Barreto, Sergio Andrade e Victório Carlos de
Marchi

Sede
Praia de Botafogo, 190, Rio de Janeiro-RJ, CEP 22250-900 ou Caixa Postal 62.591
CEP 22257-970, Tel: (21) 3799-5498 | www.fgv.br

Instituição de caráter técnico-científico, educativo e filantrópico, criada em 20 de dezembro de 1944
como pessoa jurídica de direito privado, tem por finalidade atuar, de forma ampla, em todas as matérias
de caráter científico, com ênfase no campo das ciências sociais: administração, direito e economia,
contribuindo para o desenvolvimento econômico-social do país.



Diretor
Cesar Cunha Campos

Diretor Técnico
Ricardo Simonsen

Diretor de Controle
Antônio Carlos Kfourri Aidar

Diretor de Qualidade
Francisco Eduardo Torres de Sá

Diretor de Mercado
Sidnei Gonzalez

Diretores-Adjuntos de Mercado
Carlos Augusto Costa
José Bento Carlos Amaral

EDITORIAL

Editor-Chefe
Sidnei Gonzalez

Coordenação Editorial
Manuela Fantinato

Coordenação de Design
Patrícia Werner

Produção Editorial
Talita Marçal

Projeto Gráfico e Diagramação
Luísa Ulhoa
Fernanda Macedo

Edição e Revisão
Isabel Ferreira
Marina Bichara

Equipe de Produção
Alexandre Moretti
Mariana Lima
Maria Arréllaga
Marcelo Abrantes
Ana Thereza Orleans e Bragança

Fotos
<http://www.shutterstock.com>

PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DA
FGV PROJETOS

Os textos são de responsabilidade dos autores e não
refletem, necessariamente, a opinião da FGV

Esta edição está disponível para *download* no site
da FGV Projetos: www.fgv.br/fgvprojetos



SOLUÇÃO DE CONFLITOS

ABRIL/MAIO 2017
ANO 12 | Nº 30 | ISSN 19844883

em parceria com



SUMÁRIO

6

Editorial

CESAR CUNHA CAMPOS



8

Prefácio

MINISTRO GILMAR
FERREIRA MENDES



12

Entrevista

MINISTRO LUIS
FELIPE SALOMÃO



O uso e a consolidação de métodos alternativos de solução de conflitos no Brasil, como a mediação e a arbitragem, são os temas centrais da entrevista do ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Luis Felipe Salomão. O ministro reflete sobre o papel do STJ nesse processo, os marcos regulatórios fundamentais e a necessidade de uma mudança cultural profunda na sociedade.

22

Depoimento

KAZUO WATANABE



A noção de acesso à justiça passou a alcançar a dimensão mais ampla de acesso a uma ordem jurídica justa, entendida como aquela capaz de assegurar o pleno exercício da cidadania. Neste depoimento, Kazuo Watanabe reflete sobre a atualização desse conceito, principalmente, a partir da Resolução nº 125/2010, da Lei de Mediação e do novo Código de Processo Civil.

30
Artigo

JULIAN CHACEL & JULIANA LOSS

A gestão extrajudicial de disputas e o tempo

38
Artigo

MARIA TEREZA AINA SADEK

Direitos e sua concretização: judicialização e meios extrajudiciais

50
Artigo

DALDICE SANTANA &
BRUNO TAKAHASHI

O papel do Tribunal de Contas da União na institucionalização dos meios consensuais e a responsabilização pessoal do advogado público

62
Artigo

JOSÉ ANTONIO FITCHNER &
ANDRÉ LUÍS MONTEIRO

20 anos da Lei de Arbitragem:
passado, presente e futuro

76
Artigo

GUSTAVO TEPEDINO &
FRANCISCO DE ASSIS VIÉGAS

Arbitragem e autonomia privada: desafios na delimitação do consentimento

88
Artigo

JÚLIO BUENO & AUGUSTO FIGUEIREDO

Os *Dispute Boards* em contratos de construção e grandes projetos de infraestrutura

98
Artigo

FERNANDO MARCONDES

Dispute Board em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina

116
Artigo

IVAN NUNES FERREIRA

O novo código de processo civil e a arbitragem no Brasil

EDITORIAL

CESAR CUNHA CAMPOS

Diretor da FGV Projetos

Nos últimos anos, a adoção de novas práticas de solução de conflitos tem ganhado espaço no Brasil, abrindo caminho para ampliar o uso de métodos alternativos — como a mediação e a arbitragem — na resolução de disputas. Para consolidar esse movimento, é preciso superar uma cultura nacional marcada pela judicialização excessiva, e ainda crescente, no país.

Dados mais recentes apontam que, em 2015, havia 102 milhões de processos no Judiciário. O impacto disso na economia implica gastos de aproximadamente R\$ 80 bilhões para a manutenção do sistema de justiça brasileiro. A despesa corresponde a 1,3% do PIB nacional.

Internacionalmente, a utilização da mediação, da arbitragem e de outros meios de resolução de conflitos representa uma experiência devidamente instituída e disseminada — inclusive, no mundo dos negócios, tem se mostrado extremamente bem-sucedida. Pilar jurídico da arbitragem global, a Convenção de Nova York existe há quase seis décadas e foi ratificada por mais de 150 países para o reconhecimento e a aplicabilidade das sentenças arbitrais estrangeiras. Por sua vez, a mediação tem demonstrado ser um método, além de eficiente, interessante em termos de custo-benefício. Um estudo encomendado pelo Parlamento Europeu indicou que, em disputas comerciais, a mediação custa, em média, € 2.500, contra os € 10.500 gastos em processos litigiosos.

No nosso país, a difusão desses mecanismos tem sido impulsionada pela elaboração de políticas públicas voltadas para um tratamento mais adequado de conflitos, pela entrada em vigor de uma legislação responsável por regular e incentivar os meios alternativos de solução de conflitos — Lei da Arbitragem, Lei da Mediação e Novo Código de Processo Civil — e pela atuação do próprio Judiciário na institucionalização e na promoção desses instrumentos.

Com esta publicação realizada em parceria com o Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), a FGV Projetos e o IDP buscam não apenas apresentar temas atuais e importantes para a discussão do uso dos meios alternativos de solução de conflitos no país e no mundo, como também esperam contribuir para esta mudança cultural em curso na sociedade brasileira. Para nos ajudar nesta missão, reunimos especialistas, autoridades e profissionais que se notabilizaram por sua atuação nas áreas de mediação, arbitragem e de outras ferramentas de resolução de disputas.

Boa leitura!

PREFÁCIO



MINISTRO GILMAR FERREIRA MENDES

Ministro do Supremo Tribunal Federal e
Presidente do Tribunal Superior Eleitoral

A atuação independente e eficaz do Poder Judiciário brasileiro tem sido constantemente desafiada por limitações inerentes à sua estrutura administrativa. O aumento do tempo médio de tramitação dos processos e o crescente número de demandas indicam um quadro de deficiências generalizadas que inviabilizam a promessa de prestação jurisdicional efetiva. Nesse cenário, o desenvolvimento de métodos alternativos de resolução de conflitos afigura-se basilar – senão imprescindível – para conter a litigiosidade social e desburocratizar o sistema.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem incluído iniciativas de conciliação na pauta da Política Judiciária Nacional desde 2010, priorizando a formação e o desenvolvimento dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Nesse âmbito, o CNJ tem fomentado a realização de sessões de conciliação e mediação, que ajudam a aligeirar os processos e a desobstruir o acesso ao Judiciário.

Além dessas reformas, ganharam destaque, nos últimos anos, soluções endógenas concebidas no âmbito da Administração Pública para prevenir o ajuizamento de demandas em face do Poder Público. Cite-se como exemplo a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), da Advocacia-Geral da União (AGU), que, há alguns anos, desenvolve procedimentos conciliatórios com o objetivo de resolver conflitos entre entes da Administração Pública Federal e entre esses entes e a Administração Pública dos Estados, Municípios e do DF.

A valorização de mecanismos autocompositivos ainda pode ser sentida em alterações legislativas recentes, como as promovidas pelas leis nº 13.129/15 e nº 13.140/15, que ampliaram significativamente o âmbito de aplicação da mediação e da arbitragem, permitindo, inclusive, que a Administração Direta e a Indireta se utilizassem desse instrumento para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.¹ Na mesma perspectiva, a legislação processual tem sido reformada para estimular formas de conciliação e mediação.²

¹ Lei nº 9.307/96, com redação dada pela lei nº 13.129/15: Art. 1º, § 1º – “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

² A redação do novo Código de Processo Civil (CPC) contempla disposições relevantes sobre esses temas. Seu texto ressalta o dever de juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público de estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, mesmo no curso de processos judiciais (art. 1º, § 3º). Além disso, o novo CPC regulamenta a instalação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos na Seção V do seu Capítulo III, estipulando regras de funcionamento das sessões e audiências de conciliação e mediação, definindo requisitos para atuação de mediadores e conciliadores, dentre outros temas. O art. 174 do Códex ainda dispõe sobre a criação de câmaras de conciliação e mediação no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios, com a finalidade de fortalecer a solução consensual de conflitos entre entidades da Administração Pública.

Essas mudanças inequivocamente indicam que, diante dos desafios contemporâneos que acometem o nosso Poder Judiciário, a proteção de direitos e garantias individuais deve ser cada vez mais racionalizada a partir da perspectiva de priorização do uso de procedimentos autocompositivos.

É reconhecendo a importância do tema que a coletânea *Cadernos FGV Projetos*, em parceria com o Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), traz aos leitores a presente publicação. Nela, congregam-se artigos científicos de renomados juristas que discutem em profundidade os caminhos para o aprimoramento de métodos alternativos de solução de conflitos no direito brasileiro. A presente edição ainda conta com entrevista concedida pelo ilustre ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão a respeito da necessidade de valorização cultural de soluções extrajudiciais de disputas, além de depoimento do consagrado processualista prof. Dr. Kazuo Watanabe, que suscita valiosas reflexões sobre as possibilidades de concretização do acesso à justiça na nossa realidade.

Cuida-se, sem dúvida, de mais uma obra da Fundação Getulio Vargas (FGV) e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) que visa provocar o interesse investigativo da doutrina jurídica nacional em um dos temas de vanguarda do nosso direito. Espera-se que, a partir dela, novas produções acadêmicas possam lançar luzes sobre os desafios impostos à prestação jurisdicional efetiva.

Uma excelente leitura a todos.

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO



Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Formado em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com pós-graduação em direito comercial. É ministro do Superior Tribunal de Justiça e professor emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Escola Paulista da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Foi promotor de Justiça do Estado de São Paulo, juiz de Direito e desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, presidente da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro e da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou os anteprojetos de modernização da Lei de Arbitragem e de proposição da Lei de Mediação.

Nesta entrevista, o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Luis Felipe Salomão fala sobre a adoção e a difusão de métodos alternativos de solução de conflitos no Brasil, defendendo a necessidade de o país passar por uma mudança cultural profunda, que valorize soluções extrajudiciais de resolução de disputas. O ministro Luis Felipe Salomão comenta o papel institucional e pragmático do STJ na construção desse novo cenário, além de lembrar a importância de dois marcos regulatórios — a modernização da Lei de Arbitragem e a promulgação da Lei de Mediação — para a consolidação do uso de ferramentas extrajudiciais no país.

FGV PROJETOS No Brasil, a adoção de métodos alternativos de solução de conflitos é uma experiência relativamente nova, ao contrário do que acontece nos EUA e em alguns países da Europa, onde tal prática está consolidada. Por quê?

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO Embora a mediação esteja mais avançada em alguns países, o progresso de sua aplicação é um fenômeno que extrapola fronteiras. Mesmo na Europa, muitos países só regulamentaram o tema após a Diretiva nº 52, de 2008, que orientou as normas nacionais sobre mediação cível e comercial na União Europeia.

No que diz respeito à nossa demora, o Brasil não cultivou o hábito do processo de negociação, por uma série de questões. Culturalmente, nós não tivemos uma formação de composição dos litígios, sejam os litígios institucionais, sejam sociais. Os profissionais do direito não tinham essa disciplina em sua formação, e acabamos com um deficit em termos de negociação. O resultado é que aceleramos a cultura da litigância. Soma-se a isso o contexto da criação da Constituição de 1988, após um período autoritário, o que inspirou a inserção de inúmeros direitos que a sociedade queria ver resguardados no texto constitucional.

A nossa Constituição é absolutamente analítica em termos de garantias de direitos. Assim, praticamente tudo está constituciona-

lizado, e o Judiciário aparece como guardião dessas promessas, como o canal de afirmação da cidadania. Fora isso, a partir da Constituição, foram instituídos inúmeros diplomas legislativos para assegurar direitos, o que ajudou a buscar sua efetivação, via processos judiciais, resultando em um asseio do Judiciário.

A partir de um dado momento, quando percebemos que o Judiciário estava caminhando para um colapso, a conscientização da utilização de métodos extrajudiciais começou a ganhar corpo. Surgiu a ideia de que precisávamos encontrar outras formas de solução, e uma série de iniciativas começou a caminhar.

Criamos uma Lei da Arbitragem em 1996, que não teve muito impacto durante seus primeiros anos de vigência, enquanto era discutida sua constitucionalidade. Justamente por essa tendência que se delineou, de tudo caminhar para o Judiciário, a questão era se a lei ofendia o acesso ao Judiciário previsto no texto constitucional. Esse debate no Supremo Tribunal Federal sobre a Lei da Arbitragem demorou um bom tempo, mas sua constitucionalidade foi finalmente reconhecida e vem sendo fartamente utilizada.

Também a proposta de um marco legal da mediação demorou bastante tempo em discussão. Foi sendo criada a consciência de que era necessária a regulamentação de outros aspectos que não limitados à conciliação judicial

no processo ajuizado, até se chegar no marco regulatório da mediação com a lei nº 13.140, de 2015, cuja implantação está se efetivando.

Qual papel o Superior Tribunal Justiça (STJ) tem desempenhado na promoção e na consolidação dos métodos alternativos? Quais medidas têm sido tomadas nesse sentido?

● Ainda há uma certa resistência a tais métodos por parte de alguns setores do Judiciário, o que é natural, pois uma parcela da função que lhe é própria acaba sendo gerida ou resolvida de outras formas. Felizmente, essa resistência vem diminuindo ao longo do tempo e vem sendo cada vez menor. O STJ tem tido um papel bastante importante para isso à medida que não só apoia debates e iniciativas, como também por meio do estabelecimento de precedentes, que têm sido fundamentais no respaldo e fortalecimento de meios como a arbitragem e a mediação. Assim, o STJ tem um papel, digamos, institucional, de reforçar a ideia de que métodos extrajudiciais são bons para solucionar litígios e desafogar o Judiciário. Paralelamente a esse papel institucional, o tribunal vem desenvolvendo algumas iniciativas que promovem métodos extrajudiciais. Dois exemplos recentes foram a realização da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, em parceria com o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça

Culturalmente, nós não tivemos uma formação de composição dos litígios, sejam os litígios institucionais, sejam sociais. Os profissionais do direito não tinham essa disciplina em sua formação e acabamos com um deficit em termos de negociação. O resultado é que aceleramos a cultura da litigância.

Federal, e do seminário sobre o *ombudsman* bancário, com o apoio da Fundação Getúlio Vargas, em 2016. Na Jornada, foi reunido um enorme grupo de especialistas, e o debate das proposições recebidas resultou na aprovação de 87 enunciados que já vêm sendo utilizados para harmonizar a prática e a compreensão sobre mediação, arbitragem e outros métodos extrajudiciais. Por sua vez, o evento sobre *ombudsman* trouxe especialistas alemães, suíços, e ingleses para discutir conosco essa forma de solução de conflitos bancários, justamente porque eles representam um grande marco. No direito privado, quase 30% das demandas envolvem bancos. O STJ, então, deu um passo importante para esse debate, e, a partir disso, os próprios bancos estão conversando entre si para verificarem a viabilidade de implantar o projeto do *ombudsman*, que é algo bastante novo. São dois exemplos que mostram a importância efetiva — não só institucional, do STJ quando abordamos a questão do apoio a outros métodos de solução de conflitos. Outro ponto importante foi a inserção no regimento interno do STJ de um Centro de Mediação de Conflitos. Um grande avanço.

Em 2015, foi promulgado o novo Código de Processo Civil (CPC), que instaurou diversas inovações no sistema processual brasileiro, como o incentivo aos meios alternativos de soluções de conflitos. A partir dessas mudanças, o STJ também fez alterações no seu regimento interno. Quais foram as principais adequações realizadas, em especial, quanto a outros mecanismos de solução de conflitos?

● O CPC trouxe um momento novo de valorização de soluções diferentes daquela ditada pelo juiz, configurando-se em um marco legal relevante dentro do processo, ao mostrar que a solução consensual é importante e deve ser buscada. Além de possibilitar uma série de negócios jurídicos processuais nos litígios que permitem autocomposição — por exemplo, os ajustes nos procedimentos, previstos no art. 190, e a escolha de perito, prevista no art. 471 —, o novo código prevê alguns institutos voltados ao tratamento da enorme quantidade de processos existentes, como, por exemplo, o incidente de demanda repetitiva, os recursos repetitivos, as súmulas

“O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL TROUXE UM MOMENTO NOVO DE VALORIZAÇÃO DE SOLUÇÕES DIFERENTES DAQUELA DITADA PELO JUIZ, CONFIGURANDO-SE EM UM MARCO LEGAL RELEVANTE DENTRO DO PROCESSO, AO MOSTRAR QUE A SOLUÇÃO CONSENSUAL É IMPORTANTE E DEVE SER BUSCADA.”

vinculantes, entre outros. Procuramos adaptar o regimento interno do STJ a essa nova realidade do CPC. Também buscamos avançar a partir da visão do novo CPC sobre as soluções consensuais. Na verdade, o papel do STJ é aplicar a lei federal para o caso concreto. Não lida com fato, com prova, com interpretação contratual, mas com a interpretação e a uniformização da lei federal. Para uma compreensão de seu papel no sistema, o STJ saiu de uma costela do Supremo que, na época, julgava tanto a interpretação da Constituição como também da lei. Assim, era impensável criar algo ligado à solução consensual quando estamos lidando apenas com a interpretação de lei. Mas a força e a importância dessa ideia são tão grandes que encontramos espaço para instituir um centro de mediação no âmbito do próprio STJ, como já foi dito. À frente dele, que se encontra em implantação, está a ministra Nancy Andrighi. Nós apenas instituímos a previsão do centro no regimento interno; o STJ está cuidando da sua implementação. Vamos especificar como o centro de mediação vai trabalhar, em que tipos de caso poderá atuar, como será a seleção dos mediadores, a forma de remuneração desses profissionais, entre outros pontos. Isso mostra como é relevante a ideia, prevista no CPC, de solução consensual.

A Lei de Arbitragem foi atualizada e ampliada em 2015, inclusive com o senhor tendo presidido a comissão de juristas encarregada de modernizar essa legislação. Quais foram as principais inovações introduzidas?

● Depois daquele período em que foi questionada a sua constitucionalidade, a arbitragem no Brasil se desenvolveu com muita eficácia e rapidez, ocupando, hoje, um patamar sólido no mundo. Nossa lei precisava de aperfeiçoamentos

e foi justamente nessa ideia que trabalhamos na comissão de juristas, criada em 2013. A Lei de Arbitragem era um caso de sucesso e não queríamos mexer no que vinha dando certo, a não ser para ampliar e para garantir o melhor funcionamento do instituto. Foi nesse sentido, então, que desenvolvemos o trabalho da comissão. Para tanto, criamos uma espécie de tanque de ideias, com pioneiros e pessoas muito especializadas na área, e fomos identificando o que precisava de adequação e aperfeiçoamento. Vou destacar alguns pontos que podem exemplificar o que estou falando. O primeiro deles foi a discussão da questão da arbitragem na administração pública. Havia muita resistência para a implantação da arbitragem em contratos no âmbito do poder público. Nós deixamos claro que, preenchidos alguns requisitos, era possível, sim. Também avançamos para cuidar da arbitragem nas disputas societárias. Permitimos, ainda, que as sociedades anônimas pudessem inserir uma cláusula arbitral em seus contratos, estatutos, disciplinando que os conflitos internos — que às vezes paralisam as atividades da empresa — pudessem ser resolvidos automaticamente pela arbitragem. Essas alterações representaram um salto, principalmente para as companhias que negociam ativos em bolsa. Por fim, regulamos na lei a questão das medidas cautelares no processo arbitral, o que era também muito discutido.

O senhor também liderou a comissão de juristas responsável pela proposição da Lei de Mediação. Como foi o trabalho na elaboração dessa lei e quais foram os avanços proporcionados por ela?

● Na mesma época da revisão da Lei de Arbitragem, decidimos encaminhar dois projetos diferentes: um que tratava da atualiza-

ção da Lei de Arbitragem e outro que instituiu um marco legal para a mediação, já que não tínhamos no nosso país um regramento legislativo específico para isso. Foi um trabalho profícuo, feito em conjunto com o Ministério da Justiça, que também formou uma comissão. O nosso projeto também foi bastante aperfeiçoado durante o seu trâmite no Congresso Nacional. Ficamos satisfeitos com o resultado, porque ele estabelece a preocupação da sociedade brasileira com essa área de atuação. Mais importante do que o marco legal, porém, é a mudança do conceito, é a mudança da mentalidade e da cultura, que convergem no sentido de valorizar a solução antes de ela ser posta em juízo. Dentro de todo o contexto, diria que essa é uma meta suprallegal, uma meta para além da lei, de conscientizar a eficácia dessas soluções. Assim, o projeto de lei avançou.

No que diz respeito às dificuldades durante sua elaboração, tivemos alguns problemas em relação ao setor público, que resistia muito à mediação. Especificamente na área tributária, havia uma grande desconfiança sobre sua aplicação. Vencemos essas resistências e fomos inserindo na lei a viabilidade para todos esses pontos, principalmente a possibilidade de atuação do mediador de maneira prévia, na área privada, antes de proposto o litígio.

Por outro lado, questões sobre como um mediador vai atuar, qual deve ser sua formação, como deve se portar na área privada, no âmbito da discricionariedade das partes; isso tudo ficou regulado na lei. Como não podíamos instituir uma mediação prévia obrigatória, encontramos uma fórmula muito interessante, que foi a de permitir uma cláusula nos contratos, inclusive nos contratos de adesão. Ficou instituído que, quando o contrato contiver tal cláusula,

deve passar pela mediação antes de ingressar em juízo. Ninguém é obrigado a mediar, mas é obrigado, se assim convenionado entre as partes, a passar por ela, como uma fórmula eficaz de se tentar evitar o litígio. Na minha opinião, o balanço da lei foi muito positivo: ela institui um marco de conscientização da importância da mediação como solução e, ao mesmo tempo, fornece ferramentas importantes para o seu próprio desenvolvimento. Tenho muito orgulho de ter participado do grupo que elaborou essa proposta legislativa.

A promulgação da Lei de Mediação é recente, data de junho de 2015.

Mesmo nesse breve período, é possível fazer um balanço sobre o impacto da lei e as mudanças que estão em curso?

● Não tenho dúvidas em dizer que são avanços positivos. Eu soube, outro dia, que vários bancos já estão inserindo a cláusula de mediação em seus respectivos contratos. Já ouvimos falar abertamente em um mercado de mediação prévia, extrajudicial, seja em nível empresarial, seja em modalidades inovadoras, como mediação online e por meio de aplicativos. Falamos também em iniciativas de alguns tribunais, que, para resolver problemas de executivo fiscal e relacionados ao consumidor, estão tentando implementar essas medidas. A própria Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) tem contribuído fortemente para isso ao estabelecer comissões de desenvolvimento no setor de mediação e arbitragem, o que é significativo para o profissional da área, para que o advogado possa perceber aí um nicho de atuação importante. É fundamental que os advogados percebam que há um mercado, e é um



mercado pujante. Acredito que o balanço seja extremamente positivo, mas, repito, nada vai funcionar se não mudar a mentalidade. Para isso, as universidades devem contribuir, e é assim que, cada vez mais, elas estão instituindo cadeiras tratando de soluções adequadas de litígio. Alguns concursos públicos já estão exigindo esse conteúdo nos processos seletivos; a própria OAB, no seu Exame de Ordem, também começa a exigir esse conhecimento. É um processo, e estamos caminhando para a frente.

O *ombudsman* é um meio de solução de conflitos que estabelece um canal de comunicação entre o cidadão e instituições públicas e privadas. Ele tem sido usado com êxito em outros países, principalmente para tratar de conflitos bancários. Como o Brasil pode se beneficiar de um modelo próprio de *ombudsman*?

● A ideia do *ombudsman* bancário existe, entre outros lugares, na Alemanha, na Suíça e na Inglaterra. No setor público, alguns países têm dado maior poder ao *ombudsman* para resolver alguns problemas de maneira vinculativa para a administração pública, sem fechar a porta para o interessado. Ou seja, o intento de solução do conflito pela via do *ombudsman* não impediria que o cidadão buscasse uma solução judicial, mas para a entidade, sim. Precisamos adaptar as experiências internacionais para o nosso sistema legislativo. O *ombudsman* se insere em um conceito em voga hoje, que é o de múltiplas portas para a resolução de conflitos. A concepção dessa ideia implica não ficar vinculado às formas tradicionais, mas abrir outras vias

ainda não institucionalizadas para solucionar conflitos. No caso do *ombudsman* bancário, penso que a probabilidade de esse método se configurar, no Brasil, em uma autorregulação dos próprios bancos é muito interessante, porque faculta ao consumidor insatisfeito com o serviço bancário prestado a possibilidade de não precisar ir para o Judiciário para receber uma resposta adequada ao seu problema.

Na sua avaliação, o que pode ser feito para estimular a mudança cultural de valorização dos métodos alternativos de solução de conflitos? Como torná-la mais ampla e profunda?

● Os profissionais que lidam com isso têm que produzir bons resultados, porque só se procura aquilo que funciona, e que funciona bem. O desenvolvimento dessa área no campo privado pode se configurar em um grande chamariz, se for eficiente e eficaz. Quando notícias de problemas resolvidos de maneira simples e menos onerosa começarem a circular na sociedade, será natural que haja mais adesão de pessoas e de empresas.

Em segundo lugar, eu chamaria atenção para a própria conscientização do profissional que lida com a área. Advogados, mediadores, psicólogos, peritos, juízes, que precisam estar conscientes de que esse é não só um caminho para evitar o colapso do Judiciário, mas um caminho bom, porque ele restabelece a paz social que o litígio arranhou — ou seja, é também um processo que envolve a inclusão de disciplinas desde o curso de graduação, de pós-graduação, de mestrado, de modo a introduzir a questão desde a formação. Acho que o caminho parte daí. ●

DEPOIMENTO

KAZUO WATANABE



Professor da Universidade de São Paulo

Doutor e mestre em direito pela Universidade de São Paulo (USP), com especialização em direito processual civil e em teoria geral do processo pela mesma instituição. Também é doutor *honoris causa* pela Universidade Keio, no Japão. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é professor da USP.

Kazuo Watanabe reflete sobre o conceito de acesso à justiça, a partir das principais leis e normas — Resolução nº 125/2010, Lei de Mediação e novo Código de Processo Civil — responsáveis pela sua atualização no Brasil. Segundo ele, o significado moderno do termo passou a alcançar uma dimensão mais ampla, de acesso a uma ordem jurídica justa, entendida como aquela capaz de assegurar o pleno exercício da cidadania. Para isso, Watanabe ressalta que devem ser oferecidos à sociedade, nos âmbitos judicial e principalmente extrajudicial, serviços de solução de conflitos que incluem métodos consensuais como a mediação e a conciliação.

Preendo expor meu ponto de vista sobre o **acesso à justiça e os meios consensuais de solução de conflitos** tendo em vista a evolução do conceito de **acesso à justiça** ao longo do tempo, até chegar ao **conceito atualizado**, que foi acolhido na Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, no recente marco regulatório (lei nº 13.140/2015) e no novo Código de Processo Civil. Com esta análise, estarei desenvolvendo minhas considerações sem me afastar do tema geral de métodos adequados de solução de conflitos,¹ em que se insere meu depoimento.

Desde o início da década de 1980, quando o sistema processual brasileiro passou por grandes e revolucionárias transformações, com a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (1984) e a aprovação da Lei da Ação Civil Pública (1985) — com posterior aprovação do Código de Defesa do Consumidor (1990), que trouxe no campo processual grandes inovações, em especial a disciplina mais completa e o aperfeiçoamento das ações coletivas —, o conceito de **acesso à justiça** passou por uma importante atualização: deixou de significar mero acesso aos órgãos judiciais para a proteção contenciosa dos direitos para constituir **acesso à ordem**

jurídica justa, no sentido de que os cidadãos têm o direito de ser ouvidos e atendidos não somente em situação de controvérsias com outrem, como também em situação de problemas jurídicos que impeçam o pleno exercício da cidadania, como nas dificuldades para a obtenção de documentos seus ou de seus familiares ou os relativos a seus bens. Portanto, o acesso à justiça, nessa dimensão atualizada, é mais amplo e abrange não apenas a esfera judicial, como também a extrajudicial. Instituições como Poupa Tempo e Câmaras de Mediação, desde que bem organizadas e com funcionamento correto, asseguram o acesso à justiça aos cidadãos nessa concepção mais ampla.

Na **esfera judiciária**, a atualização do conceito de **acesso à justiça** vem provocando repercussão na amplitude e qualidade dos serviços judiciais e bem assim no elenco de técnicas e estratégias utilizadas pela Justiça na solução dos conflitos de interesses. Vem se entendendo que o papel do Judiciário não se deve limitar à solução dos conflitos de interesses, em atitude passiva e pelo clássico método da adjudicação por meio de sentença, cabendo-lhe utilizar todos os métodos adequados de solução das controvérsias, em especial os métodos de solução consensual, e de forma ativa, com organização e oferta de serviços de qualidade para esse fim. A **mediação e a conciliação** passaram, assim, a integrar o instrumental do Judiciário para

o exercício de suas atribuições, não mais se constituindo em meros instrumentos de utilização eventual à disposição de alguns juízes mais vocacionados às soluções amigáveis, e sim instrumentos de utilização imperiosa para o correto exercício da judicatura. Os jurisdicionados têm, hoje, o **direito** ao oferecimento pelo Estado de todos os métodos adequados à solução de suas controvérsias, e não apenas do tradicional método adjudicatório. A esse direito corresponde a **obrigação** do Estado de organizar e oferecer todos esses serviços, inclusive os chamados métodos alternativos de solução amigável de conflitos. Isso não somente na solução dos conflitos judicializados, como também na solução das controvérsias na fase pré-processual, evitando-se, por essa forma, a judicialização excessiva e, muitas vezes, desnecessária dos conflitos de interesses. Esses serviços devem ter qualidade, com a participação de mediadores e conciliadores devidamente capacitados, treinados e em constante aperfeiçoamento. Cabe-lhe também oferecer os serviços de orientação e informação dos jurisdicionados para a solução de problemas jurídicos que estejam impedindo ou dificultando o pleno exercício da cidadania.

A Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, editada em novembro de 2010, acolheu esse **conceito atualizado de acesso à justiça**, com toda sua significação e abrangência, e instituiu uma impor-

“conceito de acesso à justiça passou por uma importante atualização: deixou de significar mero acesso aos órgãos judiciais para a proteção contenciosa dos direitos para constituir acesso à ordem jurídica justa”

¹ O termo 'métodos adequados de solução de conflitos' tem sido utilizado na literatura moderna para designar os 'métodos alternativos de solução de conflitos'. O uso da palavra 'adequados' tem o intuito de indicar uma escolha consciente por um dos vários métodos possíveis de solução de conflitos. Além disso, é pertinente enfatizar que para a realização de uma escolha consciente devem ser considerados o contexto e as particularidades de cada controvérsia.

“O acesso à justiça, na dimensão de acesso à ordem jurídica justa, exige a correta organização não somente dos órgãos judiciais (...) É necessário, também, que na esfera extrajudicial haja a organização e o oferecimento de serviços de solução adequada de controvérsias e ainda organização e oferta de serviços de orientação e informação.”

tante *política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Deixou assentado, em sua exposição de motivos, que o direito de **acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa**, e em seus dispositivos deixou expressamente declarado que os jurisdicionados têm **direito** à solução dos conflitos pelos métodos mais adequados à sua solução, em especial os métodos consensuais (mediação e conciliação) e que os órgãos do Judiciário brasileiro têm a **obrigação** de oferecer esses serviços, prestados com qualidade e por pessoas devidamente capacitadas e treinadas. E determinou a criação, em todas as unidades judiciais do país, do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc), com três seções, **uma** para a solução dos conflitos na **fase pré-processual** (antes da judicialização), **outra** para solução na **fase processual** (após a judicialização) e a **terceira** de **cidadania**, para a prestação de serviços de informação e orientação aos jurisdicionados em seus problemas jurídicos.

A Resolução foi editada em novembro de 2010; portanto, já decorreram mais de seis anos, e muitos órgãos do Judiciário brasileiro, lamentavelmente, ainda não deram cumprimento integral às obrigações por ela instituídas. O Conselho Nacional de Justiça, preocupado com essa situação, vem atuando na cobrança das medidas necessárias para o exato cumprimento da Resolução nº 125, cogitando até criar um órgão permanente com a função específica de fiscalizar, orientar e auxiliar a correta implementação dos Cejuscs. Mesmo com atraso, se os objetivos da Resolução nº 125 forem correta e efetivamente implementados, teremos, sem dúvida alguma, no Judiciário brasileiro, uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, que assegurará, desde que

bem organizada e com qualidade, os serviços a serem prestados e um **acesso à justiça** na dimensão atualizada, ou seja, de **acesso à ordem jurídica justa**.

O novo Código de Processo Civil (lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) e o marco regulatório da mediação, recentemente aprovado (lei nº 13.140, de 26 junho de 2015), acolheram, em linhas gerais, os fundamentos da política judiciária nacional instituída pela Resolução nº 125/2010, inclusive o conceito atualizado de acesso à justiça, na dimensão anteriormente explicitada.

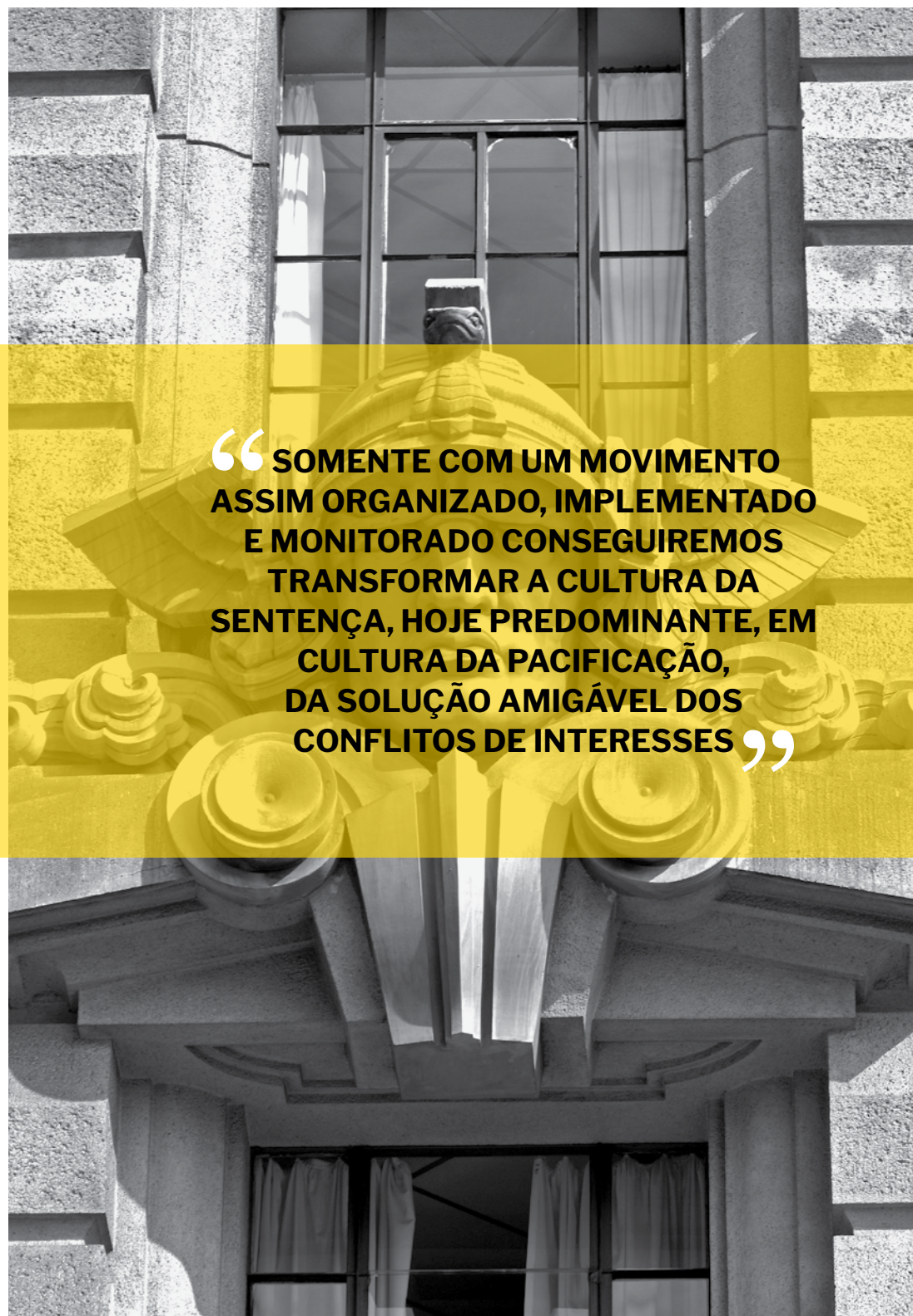
No novo Código de Processo Civil, os seguintes dispositivos revelam seu perfeito alinhamento à política pública instituída pela Resolução nº 125: a) art. 3º, § 2º, estabelece a prioridade da solução amigável, estatuidando que **“o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”**; b) o § 3º do mesmo dispositivo declara que **“A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual dos conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo civil”**; c) o art. 165 estabelece que os tribunais deverão criar **“centros judiciais de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar e estimular a autocomposição”**; d) o § 1º do art. 165 estabelece que a composição e a organização dos centros devem ser definidas pelo respectivo tribunal **“observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça”**.

Também a lei nº 13.140, na parte que disciplina a mediação judicial, adotou a mesma orientação, conforme revela claramente

seu art. 24, que dispõe que: **“Os tribunais criarão centros judiciais de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”**. E seu parágrafo único completa: **“A composição e a organização serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça”**.

O **acesso à justiça**, na dimensão de **acesso** à ordem jurídica justa, exige a correta organização não somente dos órgãos judiciais para o oferecimento à população de todos os mecanismos adequados para a solução dos conflitos de interesses e para a prestação dos serviços de informação e orientação em problemas jurídicos. Também é necessário que, na **esfera extrajudicial**, haja a organização e o oferecimento de serviços de solução adequada de controvérsias e ainda organização e oferta de serviços de orientação e informação. A **justiça é “obra coletiva”**, na precisa afirmativa do magistrado e professor Dr. José Nalini, não somente no sentido de que, na organização do Judiciário e nos serviços por ele prestados na solução dos conflitos de interesses no plano judicial, deve haver a participação das próprias partes e de toda a sociedade, e não apenas do Estado, como também no sentido de que a própria sociedade, por suas instituições, organizações e pessoas responsáveis, também deve organizar e oferecer os serviços adequados de prevenção e solução dos conflitos de interesses.

Nesse sentido, a lei nº 13.140/2015 disciplina e procura estimular a **mediação extrajudicial**. Ocorre que, apesar dos grandes avanços que tivemos nos últimos



“**SOMENTE COM UM MOVIMENTO ASSIM ORGANIZADO, IMPLEMENTADO E MONITORADO CONSEGUIREMOS TRANSFORMAR A CULTURA DA SENTENÇA, HOJE PREDOMINANTE, EM CULTURA DA PACIFICAÇÃO, DA SOLUÇÃO AMIGÁVEL DOS CONFLITOS DE INTERESSES**”

tempos, em especial após a Resolução nº 125 do CNJ, em termos de capacitação e treinamento de conciliadores e mediadores, e mesmo com esforços das instituições privadas de mediação, conciliação e arbitragem, inclusive com lançamento do Pacto de Mediação pela Câmara Fiesp-Ciesp, para a ampla divulgação dos mecanismos de solução consensual dos conflitos de interesses, a sociedade brasileira ainda não despertou para a grande vantagem da solução amigável dos conflitos, em termos de economia de tempo e dinheiro, de celeridade, de previsibilidade da solução, de confidencialidade, de autonomia das partes na busca de solução mais adequada para seus conflitos, de preservação dos vínculos que unem as partes e de outros benefícios mais.

Os eventos para a divulgação da mediação e da conciliação são todos realizados com grande êxito, em termos de público e de temas discutidos. Mas o público presente é sempre constituído, em sua grande maioria, por pessoas que querem praticar e oferecer os serviços de mediação e conciliação e estão em busca de aperfeiçoamentos. Pouquíssimas pessoas com conflitos comparecem a esses eventos para se informar sobre a melhor maneira de solucionar seus problemas.

Diante desse quadro e tendo em vista a grande importância da mediação/conciliação para a adequada organização dos serviços públicos e privados de acesso à justiça, na dimensão de acesso à ordem jurídica justa, constato que o grande desafio nosso está em vencer a “**cultura da sentença**”, ou a “**cultura do litígio**”, e a **mentalidade hoje predominante** entre os profissionais do direito e também entre os próprios desti-

natários dos serviços de solução consensual de litígios, que é a da submissão ao **pater-nalismo estatal**. Há, ainda, a preferência pela solução adjudicada por terceiros, em especial pela autoridade estatal, e grande parte da população não conhece os benefícios da solução consensual dos conflitos de interesses. Os profissionais do direito, mesmo conhecendo esses benefícios, não sabem como transformar em ganho significativo a sua atuação na solução consensual dos conflitos de interesses. Assim, para que esses mecanismos ganhem plena aceitação da sociedade brasileira, está na hora de grandes estrategistas da divulgação conceberem e colocarem em execução um **grande projeto de formação de nova mentalidade e de incentivo à utilização dos mecanismos de solução consensual dos conflitos**, tanto no plano judicial como na esfera extrajudicial, divulgando as grandes e inegáveis vantagens das soluções amigáveis. Da execução desse grande projeto, deverão participar a sociedade civil e o Poder Público, com o envolvimento de todos seus segmentos, não somente os da área jurídica quanto também das demais áreas, em especial a educacional, bem como todos os setores mais importantes, como indústria, comércio, serviços, instituições bancárias e financeiras, instituições de ensino, além de toda a mídia, desde a escrita, a falada, a televisionada, até a digital.

Somente com um movimento assim organizado, implementado e monitorado conseguiremos transformar a **cultura da sentença**, hoje predominante, em **cultura da pacificação**, da solução amigável dos conflitos de interesses. ●

A GESTÃO EXTRAJUDICIAL DE DISPUTAS E O TEMPO

Neste artigo, Julian Chacel e Juliana Loss tratam da gestão extrajudicial de conflitos a partir da adoção de mecanismos como a mediação e a arbitragem. Em sua abordagem, os autores exploram a questão do tempo despendido para a resolução de uma disputa quando as vias escolhidas são a mediação e a arbitragem. Segundo eles, esses meios alternativos não só costumam ser mais céleres do que o tradicional processo de se recorrer ao Judiciário, como ainda trazem a vantagem de trabalharem com uma previsibilidade maior do tempo que será necessário para a resolução do conflito.

JULIAN CHACEL

Diretor-executivo da Câmara FGV de Mediação e Arbitragem

Formou-se em ciências econômicas pela Universidade do Brasil, atual Universidade Federal do Rio de Janeiro. É diretor-executivo da Câmara FGV de Mediação e Arbitragem, além de membro do conselho técnico da Confederação Nacional do Comércio, da Academia Internacional de Direito e Economia de São Paulo e do conselho técnico de economia, sociologia e política da Federação do Comércio do Estado de São Paulo. Também foi diretor do Instituto Brasileiro de Economia, da FGV.

JULIANA LOSS

Coordenadora de Projetos da FGV Projetos

Doutoranda em direito privado pela Universidade Paris I Panthéon Sorbonne, na França, mestre e especialista em direito e mediação pela Universidade Carlos III de Madrid, na Espanha. É coordenadora de projetos da FGV Projetos na área de mediação e professora de mediação e negociação.

*O que é, portanto, o tempo?
Se ninguém me pergunta, eu sei;
se quero explicá-lo a quem me pergunta, não sei.*
Santo Agostinho

O conflito é inevitável. E a busca de sua solução por mecanismos extrajudiciais como a arbitragem e a mediação é uma constante em nosso histórico civilizatório.

No Brasil, com a promulgação da lei nº 9.307/96, a Lei da Arbitragem saiu do limbo no qual esse instituto jurídico se encontrava. A explicação do descaso sobre esse modo de solução de conflitos residia, certamente, no fato de a cláusula arbitral, também dita cláusula compromissória, não ter caráter compulsório. Na “hora da verdade”, a parte requerida repelia o compromisso inscrito no contrato. A vinculação das partes ao que foi acordado foi, provavelmente, o grande avanço expresso na nova lei.

Pela falta de uso da arbitragem para dirimir controvérsias, a Lei Marco Maciel,¹ como também é chamada a Lei de Arbitragem, pareceu, aos não iniciados no domínio do direito, prática inteiramente nova. No entanto, a arbitragem estava prevista nas Ordenações do Reino de Portugal, as Afonsinas e Manuequinas, e nas Ordenações Filipinas do Reino de Portugal e Espanha.² Do mesmo modo que nas Ordenações, a arbitragem figurava na Constituição Imperial de 1824 e nas Constituições da República. Portanto, nesse aspecto, como no filme inspirado no escritor ale-

mão Erich Maria Remarque, nada de novo no *front* ocidental.

Além da arbitragem, cuja norma regulatória mencionada foi reformada em 2015³ pela lei, outros meios de solução de controvérsias, como a mediação, fazem parte do leque de opções ofertado pelas instituições que conduzem a gestão extrajudicial de conflitos. Assim, as reflexões aqui realizadas são feitas a partir desses mecanismos, ou seja, do ponto de vista de quem nada julga, mas tem como missão garantir a fluidez de tais processos.

Embora a existência de meios como mediação e arbitragem não seja novidade no âmbito privado de gestão de conflitos, a promoção desses modelos pelo Estado se intensificou nos últimos tempos. É o Estado, o maior gestor de conflitos, a estimular que o cidadão recorra a vias extrajudiciais para o tratamento de sua disputa, uma vez que o aparato tradicional não suporta a quantidade de litígios existentes e nem sempre consegue se adequar às complexidades do grande número de conflitos que emergem socialmente. Mas isso tampouco é novidade, tendo sido objeto, em 1906, da famosa conferência do jurista norte-americano Roscoe Pound que, já em seu tempo, propagava as grandes causas de insatisfação com a justiça, permanecendo quase todas ainda atuais em nossos sistemas.

Uma das principais razões para a convenção de um meio como a arbitragem ou a mediação decorre da economia de custos de transação implicados, entre os quais se insere com destaque o tempo de espera até que se alcance a solução para o problema. Uma pesquisa realizada em 2013, na França, sobre a satisfação dos cidadãos com a justiça demonstrou que 90% dos jurisdicionados consideram a justiça lenta demais e que a duração do processo deveria ser reduzida.⁴ Ainda que a eficiência da justiça varie de país a país, a insatisfação com o tempo que o Estado tarda em dar uma resposta definitiva e efetiva é um ponto comum, daí uma das causas para o grande crescimento, em países como Reino Unido, França, Estados Unidos e Austrália, de métodos extrajudiciais de gestão de conflitos.

A apreciação do impacto desse tempo despendido é bastante interessante. Numa intercessão interdisciplinar recorreremos desde logo ao conceito de valor alocativo do tempo. Esse conceito foi proposto por Gary Becker, eminente professor da Escola de Chicago, Prêmio Nobel de Economia em 1992. Segundo Becker, em ensaio de caráter demográfico sobre as tarefas realizadas na unidade familiar, por ele denominadas “*commodities*”, é que surge a dimensão do tempo empregado em cada tarefa, daí derivando a noção do seu

valor alocativo. Concretamente, o indivíduo que atribui grande valor à maneira como usa seu tempo, certamente preferirá um modo de transporte mais rápido, como um avião, por exemplo, para chegar ao seu destino em menos tempo, ainda que tal via seja a opção mais cara.

É nesse contexto que se insere a arbitragem quando comparada com o tempo despendido em processos que correm na Justiça estatal. A sentença arbitral tem caráter final, em contraste com a sentença judicial exarada em primeira instância, na qual cabem recursos às instâncias superiores. Por outro lado, também na mediação obtém-se, caso se alcance um acordo, uma solução definitiva para a disputa, uma vez que o acordo terá natureza de título executivo extrajudicial e, se as partes assim quiserem, poderão ainda levá-lo à homologação judicial, o que lhe conferirá caráter de título executivo judicial. Dessas soluções não há recursos a serem interpostos: na arbitragem, porque, via de regra, assim prevê o regulamento das câmaras, e na mediação, porque só se alcança um acordo quando os interesses das partes são satisfeitos, o que favorece a eficácia da solução.

Na arbitragem ou na mediação institucional, conduzidas, por uma câmara ou centro, ao seu administrador, cabe apenas garantir, na medida do possível, o bom transcorrer do processo.

No caso da arbitragem, isso é indispensável até mesmo para que a sentença possa ser

¹ O ex-vice-presidente da República Marco Maciel foi um dos autores do projeto que originou a lei nº 9.307/96.

² Para mais informações, consultar o Livro III Título XVI das Ordenações Filipinas, que trata do Juízo Arbitral, escrito em português arcaico.

³ Com a promulgação da lei nº 13.129, em 26 de maio de 2015.

⁴ La prise en compte de la notion de qualité [e dans la mesure de la performance judiciaire. Institute de Recherche Juridique de la Sorbonne. Paris, 2015. Disponível em: <https://issuu.com/irjsparis1/docs/rapportqualit__justicefinale>.

proferida com relativa brevidade, ao levar-se em consideração o tempo decorrido entre o pedido de sua instituição até a sentença.

Na hipótese da mediação, por se tratar de um procedimento baseado na voluntariedade de permanência das partes, há uma enorme flexibilidade, e o tempo entre negociações assistidas e uma conclusão dependerá sobretudo das partes, podendo findar-se em menos de um dia em certos casos. De outro lado, embora na arbitragem também exista flexibilidade e grande participação das partes na definição do procedimento, a atuação do gestor e da instituição que abriga o procedimento é fundamental para a eficiência do processo.

O TEMPO DA SOLUÇÃO DO CONFLITO

Vale a pena pôr em evidência circunstâncias e incidências que prolongam o tempo de uma arbitragem. Desde logo, há um mínimo de tempo requerido para a constituição do Tribunal Arbitral e, não raro, a impugnação de um árbitro pela parte contrária obriga a um juízo sobre a justeza ou não de tal impugnação. Nesses casos de impugnação, ou o árbitro contestado declina do cometimento ou insiste em sua designação, por entender que sua imparcialidade foi posta em dúvida. Seja como for, é um percalço no andamento da arbitragem que há de ser resolvido. No caso da Câmara FGV de Mediação e Arbitragem, por exemplo, essa resolução se dá pela Comissão de Arbitragem, cuja existência está inserida em seu regulamento.

Há de se considerar também a postura dos advogados das partes que continuam presos à cultura do contencioso e formulam petições que visam a demonstrar ao seu cliente o empenho que empregam a seu favor, mas que, por serem descabidas, en-

torpecem o andamento do procedimento. A transferência de um comportamento típico de representação em processos judiciais, voltado à postergação e ao apego a filigranas procedimentais, pode comprometer não só o alcance de uma solução para o caso concreto, mas a própria prática da arbitragem e seu sucesso como meio eficaz de solução de conflitos no Brasil. A contribuição de todos os partícipes e a compreensão da prática arbitral são primordiais para que a via extrajudicial não seja contaminada por aquilo que se quer evitar: o processo judicial.

Formado o Tribunal Arbitral, será preciso que o administrador negocie com as partes, seus patronos e os próprios árbitros, na maioria dos casos pessoas com densas agendas, para que concordem com data e lugar, tanto para firmar o Termo de Arbitragem como para as audiências que o procedimento arbitral possa exigir.

De imediato, vem à mente a diferença entre uma controvérsia que se centra em matéria puramente de direito e um conflito que envolve aspectos técnicos como, por exemplo, questões no domínio da engenharia. Neste segundo caso, o Tribunal Arbitral terá certamente que socorrer-se do aviso ou do parecer de perito. A identificação desse profissional é tarefa que incumbe ao administrador e, certamente, consome tempo. Quando as partes apresentam seus assistentes técnicos, será preciso organizar oitivas. Isso costuma acontecer, por exemplo, em casos envolvendo obras complexas, nos quais as diferenças da visão dos peritos e as inquirições dos árbitros levam a discussões de alto nível de detalhe, de modo que o todo pode requerer substancial uso do tempo para o convencimento do Tribunal Arbitral.

Além disso, não raro, há situações que, pela sua peculiaridade, travam o curso da

arbitragem, como a falta de entendimento entre as partes do mesmo polo quanto à nomeação do árbitro; ou em caso de arbitragens conexas,⁵ nas quais a complexidade reside no fato de uma parte ora estar na condição de requerente, ora na de requerida, suscitando a questão da consolidação do feito perante um único Tribunal Arbitral.

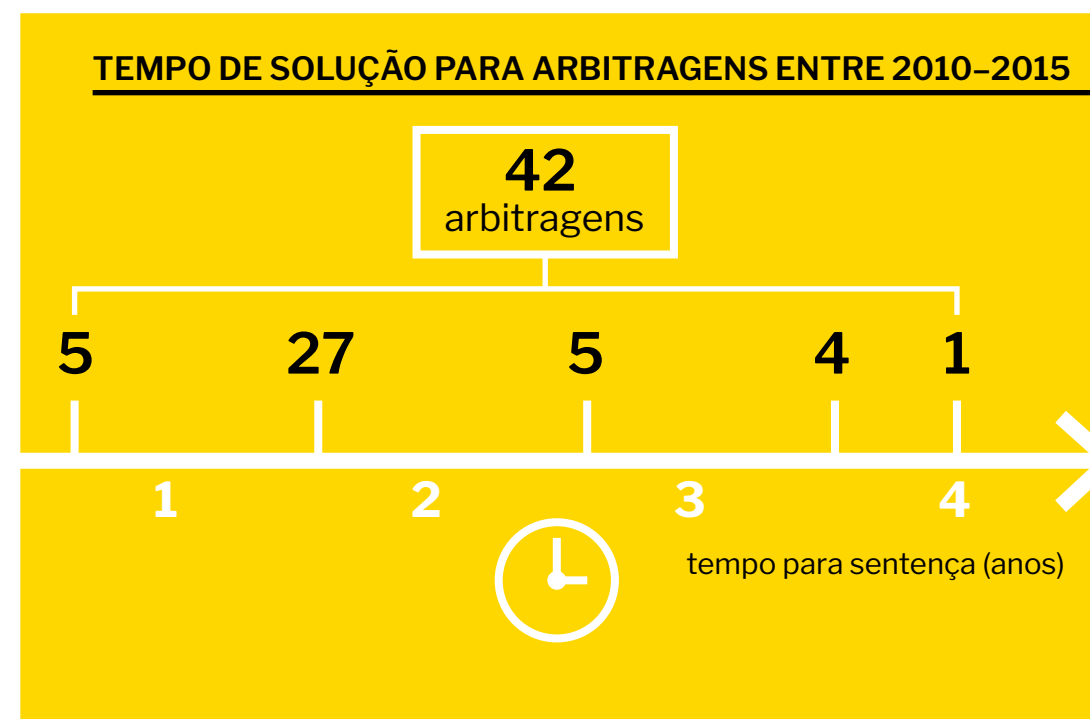
Em que pesem esses exemplos de circunstâncias e incidentes que provocam demora no tempo decorrido entre a instituição da arbitragem e a sentença, esse tempo é significativamente menor que o consumido no julgamento de um conflito que depende de sentença proferida pela Justiça estatal.

Tendo como fonte dados da própria Câmara FGV de Mediação e Arbitragem em seus relatórios que cobrem o período entre 2010

5 As arbitragens conexas são aquelas que, por alguma razão, dizem respeito a conflitos que possuem algo em comum e, portanto, podem ser reunidas para análise.

e 2015, é possível ter a informação sobre o tempo decorrido entre a instauração da arbitragem e a prolação da sentença. Para um conjunto de 42 arbitragens, cinco foram concluídas em menos de um ano e 27 em menos de dois anos. Nesse universo, cinco procedimentos consumiram mais de dois anos e quatro excederam três anos. Há somente um caso extremo no qual a sentença exigiu um tempo de quatro anos. Seja como for, a exemplo do personagem do dramaturgo francês Molière, os que se valem da arbitragem para resolver conflitos, mesmo sem saber, recorrem ao conceito de valor do tempo, proposto pelo Nobel de Economia Gary Becker.

De outra perspectiva, a mediação é um procedimento por meio do qual não há certeza do alcance do resultado, porquanto sempre dependerá do acordo e da aceitação do resultado pelas partes envolvidas. Mas, sem dúvidas, permite, em muitos casos, uma





grande economia de tempo, conforme indicou um estudo encomendado pelo Parlamento Europeu,⁶ cujo objetivo consistiu em quantificar o custo do não uso da mediação e a grande economia de tempo até a obtenção de uma solução. No referido trabalho, o desperdício de tempo é um dos “custos” mais evidentes. Em países como Bélgica e Itália, a média da economia total de tempo, quando a mediação é utilizada, foi estimada em 334 e em 860 dias, respectivamente.

Em recente programa de estímulo à solução mediada de conflitos realizado pela FGV Projetos envolvendo disputas entre uma multinacional britânica e empresas clientes, do total de disputas encaminhadas à mediação, mais de 75% redundaram em acordos, obtidos em procedimentos cuja duração foi de, no máximo, três sessões com mediadores. Tais disputas, se prosseguissem pela via judicial brasileira, segundo dados do Relatório do Justiça em Números de 2016,⁷ tardariam, em

média, quatro anos e quatro meses somente para terem uma sentença ainda em primeiro grau, uma vez que esse é o tempo médio de duração de um processo judicial no Brasil.

Não é só a extensão do tempo até a obtenção de uma solução que atrai cada vez mais pessoas e, sobretudo, empresas aos métodos extrajudiciais de conflitos, mas também o controle dessa extensão. A previsibilidade do tempo de duração de um processo em vias não judiciais é muito relevante na escolha pela mediação e pela arbitragem. Em outras palavras, não é só o fato de os meios extrajudiciais tardarem menos, mas o fato de essa delonga ter um período razoavelmente previsível.

A atenção das empresas com a previsibilidade do tempo a ser dispensado na solução de uma disputa se evidencia no resultado de pesquisas internacionais com foco em gestão de conflitos no mundo empresarial. A pesquisa *Dispute-Wise Business Management Improving Economic and Non-Economic Outcomes in Managing Business Conflicts* foi realizada pela primeira vez, nos Estados Unidos, e indicou que, entre as razões que

levavam as empresas a buscar a arbitragem, a economia de tempo era a segunda mais relevante. Os resultados da pesquisa também apontaram que 68-69% das organizações recorriam à via arbitral em virtude da economia e da previsibilidade de tempo.⁸ Posteriormente, a mesma metodologia foi aplicada na França e identificou que um dos oito principais objetivos das empresas que mantinham excelência na gestão de disputas residia justamente na preocupação com o controle do tempo e do custo com o procedimento.⁹

No Brasil, o impacto do valor de tempo na resolução de controvérsias também tem sido importante para o progresso do número de arbitragens e do avanço das mediações no âmbito das câmaras privadas. Na Câmara FGV de Mediação e Arbitragem, as arbitragens crescem ano após ano. Além do aumento do número de procedimentos nas instituições, um outro indicador dessa ascensão é o aumento do número de demandas relativas à arbitragem na justiça brasileira. Conforme dados do Comitê Brasileiro de Arbitragem, entre 2004 e 2008, foram contabilizadas 770 demandas sobre arbitragem na justiça, número muito inferior aos 11 mil casos identificados entre 2008 e 2014. Se, por um lado, esse grande número de processos preocupa, a manutenção de mais de 80% das decisões arbitrais pelos órgãos jurisdicionais assegura a consolidação da via extrajudicial.

Além da rapidez dos métodos extrajudiciais, o crescimento da mediação e da arbitragem é alimentado pelo sistema jurídico brasileiro, que respalda e confere segurança às tais vias. Isso se confirma seja nas decisões judiciais, seja nas iniciativas do próprio

Judiciário, a exemplo da realização de eventos como a I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos, promovida em 2016 pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Conselho da Justiça Federal. O estímulo da arbitragem e da mediação foi observado até mesmo pelo relatório *Doing Business*, do Banco Mundial de 2016,¹⁰ no qual o Brasil subiu algumas posições em um dos critérios de avaliação da economia, justamente pelos esforços legislativos — reforma da Lei de Arbitragem e instituição do Marco Legal da Mediação — e institucionais de promoção dos mecanismos extrajudiciais.

O progresso de métodos como a mediação e a arbitragem se evidencia pelo crescimento da utilização pelas partes. Já a quantificação do valor do tempo, e mais precisamente, de sua economia é sempre algo difícil de determinar. Em certas ocasiões, a percepção desse valor é simples; imagine-se, para tanto, uma empresa cuja atividade ou produção é suspensa e depende de uma decisão judicial; neste caso, o empresário saberá bem quanto deixa de ganhar com mercadorias não produzidas. Em outras circunstâncias, essa valoração se complica, como na avaliação do tempo empreendido por executivos, advogados e funcionários na gestão de um conflito. De toda forma, a importância do tempo dedicado à solução de disputas é inegável.

Assim, em um momento em que a expressão do tempo é cada vez mais relevante, a eficiente gestão extrajudicial de conflitos, seja pela arbitragem, seja pela mediação, oferece um espaço previsível e seguro para a solução de problemas.

O conflito pode ser inevitável, mas a perda de tempo não o é. ●

6 Quantifying the costs of not using mediation — a data analysis. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110518ATT19592/20110518ATT19592EN.pdf>>.

7 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>.

8 Disponível em: <https://www.adr.org/aaa/ShowPDF%3Fdoc%3DADRSTG_004326>.

9 Disponível em: <http://www.fidal.com/file_download.php?filename=FIDAL_Doc1_Dispute_resolution.pdf&t=9&l=en>.

10 Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/Methodology/Enforcing-Contracts>> e <<http://portugues.doingbusiness.org/data/exploreconomies/brazil/#enforcing-contracts>>.

DIREITOS E SUA CONCRETIZAÇÃO: JUDICIALIZAÇÃO E MEIOS EXTRAJUDICIAIS

Importantes conquistas no âmbito dos direitos têm modificado o cenário jurídico brasileiro desde a promulgação da Constituição Federal, em 1988. Se, por um lado, tais conquistas buscaram ampliar o acesso à justiça, por outro, colaboraram para que o sistema jurídico do país tivesse que lidar com o excesso de demandas. Neste artigo, Maria Tereza Aina Sadek reflete sobre o que considera serem caminhos adequados para a superação dessa dificuldade e a consequente ampliação do acesso à justiça, tendo em vista a importância, nesse processo, da não judicialização e da utilização de meios de solução de conflitos como a mediação e a arbitragem.

MARIA TEREZA AINA SADEK

Professora da Universidade de São Paulo

Pós-doutora pelas Universidades da Califórnia e de Londres, doutora em ciência política pela Universidade de São Paulo (USP) e mestre e bacharel em ciências sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É professora da USP, diretora-executiva do Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça, pesquisadora sênior e diretora de pesquisas do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, além de colaboradora da Fundação Getúlio Vargas.

A consagração de um amplo rol de direitos representa um divisor de águas na história política e social brasileira, sinalizando a possibilidade de ganhos no projeto democrático do país. Os principais propulsores dessa mudança são a Constituição Federal promulgada em 1988; a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e acordos internacionais, especificamente o ratificado em 1992, na 1ª Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, reconhecendo o acesso à justiça como um direito inerente aos Direitos Humanos.¹ A centralidade dos direitos propicia a construção de uma sociedade mais igualitária e republicana. Nesse sentido, direitos e democracia são temas umbilicalmente relacionados.

A abrangente inclusão de direitos individuais e supraindividuais constitui uma singularidade marcante do texto constitucional de 1988. Além dos direitos civis e políticos (direitos de primeira geração), foram igualmente contemplados direitos sociais, como moradia, saúde, educação, Previdência Social, e também os de terceira geração (desenvolvimento, meio ambiente, autodeterminação, comunicação, propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade).

Para a efetivação desses direitos, a Constituição Federal de 1988 incorporou institutos processuais e atribuiu a instituições públicas

tal obrigação, fortalecendo o sistema de justiça. Dentre os institutos processuais, destaca-se a ação civil pública, para a defesa de interesses da sociedade ou de grupos.²

O art. 5º da Constituição Federal de 1988, dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos, em seu inciso XXXV, determina: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Segundo essa prescrição, o direito de acesso à justiça não se limita à lesão, mas refere-se, igualmente, à ameaça a direitos. Esse mandamento constitucional implica a possibilidade de que todos, sem distinção, possam recorrer à justiça.

Acentue-se que as determinações constitucionais, além de assegurarem o ingresso ao Poder Judiciário, aludem ao direito à obtenção de decisões justas, tempestivas e eficazes. Igualmente paradigmática é a concepção do direito de acesso à justiça como mais amplo do que o recurso ao Poder Judiciário. Esse direito envolve uma série de instituições estatais e não estatais, por meio de vários mecanismos e organizações que podem atuar na busca de soluções pacíficas de conflitos e no reconhecimento de direitos.

2 Trata-se de um instrumento processual para a defesa de interesses difusos e coletivos. São legitimados para propor ação civil pública: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados e os Municípios; autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista; o Conselho Federal da OAB; associações que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção do meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

No âmbito estatal, a ampla proteção aos direitos e às garantias fundamentais pressupõe um Poder Judiciário independente, assim como um Ministério Público e uma Defensoria Pública livres das influências das forças políticas e privadas.

O Poder Judiciário foi erigido à condição de poder de Estado, cabendo-lhe controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos, quer provenientes do Executivo ou do Legislativo. Cabe à instituição, por meio de seus diversos órgãos, a garantia de direitos, a promoção da justiça e a solução de conflitos.

O Ministério Público criado pela Constituição Federal de 1988 é uma instituição pública que não encontra similar no direito americano e nem mesmo nas demais democracias ocidentais. Sua singularidade não está na área penal, mas em suas amplas possibilidades de atuação nas áreas cível e administrativa.³

A Defensoria Pública, constitucionalizada em 1988, ganhou maior potencial de atuação com a Emenda Constitucional nº 45. Foi reconhecida como “essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” (Constituição Federal, art. 134). Cabe à insti-

tuição a prestação de assistência judiciária integral e gratuita aos hipossuficientes, tanto em processos penais quanto em civis. Não se trata apenas de ingressar em juízo, mas de dispensar assistência integral aos necessitados, com funções que vão desde a educação em direitos até a solução de conflitos e a garantia de direitos, seja ajuizando ações ou extrajudicialmente.

Do ponto de vista legal, o Brasil pós-1988 apresenta, pois, em teoria, uma situação plenamente favorável ao reconhecimento dos direitos individuais e coletivos e à democratização do direito de acesso à justiça.

UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS: DESAFIOS SOCIOECONÔMICOS

A legalidade, contudo, não assegura, por si só, a realização de direitos. Não é, também, garantia suficiente para a consolidação de instituições democráticas. Tornar os direitos reais, compartilhados por todos, e, assim, proporcionar ganhos na qualidade da democracia são desafios permanentes.

Dentre esses desafios, os obstáculos mais significativos são os gerados pela desigualdade socioeconômica, pelos efeitos de traços culturais alimentados por preconceitos e legitimadores de privilégios, e o desempenho deficiente das instituições estatais encarregadas de garantir direitos

1 O art. 8º da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica garante que “toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza”.

3 A instituição é definida como “essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (Constituição Federal, art. 127). Como fiscal da lei e guardião da ordem jurídica e do regime democrático, tem o dever de trabalhar na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O extenso rol de atribuições possibilita uma forte presença na arena pública do Ministério Público e sua atuação como representante da sociedade em geral, de grupos vulneráveis, como deficientes, idosos, crianças, índios, pobres, etc.

e solucionar conflitos. Essas dificuldades têm impactos nos graus de inclusão e, consequentemente, na extensão da cidadania e na qualidade da democracia.

Retratos da situação brasileira, ainda que simplificados e com poucos contrastes, podem ser captados a partir de alguns indicadores e comparação com outros países.

No que se refere à desigualdade socioeconômica, estudos mostram que sociedades marcadas por elevados índices de desigualdade econômica e social apresentam alta probabilidade de que amplas camadas de sua população desconheçam tanto seus direitos como as possibilidades de reclamá-los. Essa característica compromete a universalização do acesso à justiça e, consequentemente, a inclusão.

O confronto da condição do Brasil com 95 países, sobre os quais há dados disponíveis posteriores ao ano 2000, evidencia que o país está

entre os 12 mais desiguais do mundo.⁴ São elevados os indicadores assinalando a concentração de renda — Gini⁵ equivalente a 0,495.

Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) confirmam o alto grau de distanciamento entre os mais ricos e os mais pobres. Em 2013, os que ocupavam posições no topo da pirâmide — isto é, os 10% mais ricos — concentravam 41,7% da renda *per capita* total do país.

Um levantamento de 2016 elaborado pela Consultoria Tendências,⁶ com base nos dados da Receita Federal, conclui que a classe A —

4 Consultar sistematização elaborada pelo Banco Mundial com dados de 2013, indicando o índice de Gini, a distância entre os 10% mais ricos e os 10% mais pobres.

5 O Coeficiente de Gini, desenvolvido pelo matemático italiano Corrado Gini, é uma medida de desigualdade de distribuição de renda, que varia de 0 a 1, sendo 0 (zero) equivalente à completa igualdade e 1 à completa desigualdade. Trata-se de um parâmetro internacional que permite comparar países.

6 O estudo foi feito pelos economistas Adriano Pitoli, Camila Saito e Ernesto Guedes. Os resultados foram divulgados pelo jornal O Estado de S.Paulo, pg. B5, em 17/01/2016. Os dados utilizados são de 2013, os últimos divulgados pela Receita Federal.

composta por 2,5 milhões de famílias — é responsável por 37,4% do total da renda nacional. O estudo aponta que os resultados da Pnad subestimam a renda dos mais ricos, uma vez que se restringem ao rendimento do trabalho, sendo, pois, omitidas fontes de renda provenientes de ativos financeiros, de aluguel etc. Segundo a consultoria, a renda das famílias da classe A é 40,9 vezes maior do que a das classes D/E, enquanto, de acordo com a Pnad, a diferença seria de 23,3 vezes.

Uma pesquisa de 2016 divulgada pelo Ministério de Desenvolvimento Social indica o número de pessoas pobres no país e sua divisão por categorias. De acordo com esse levantamento, haveria um total de 73.327.179 indivíduos pobres, correspondendo a 36% da população brasileira. Com renda mensal entre R\$ 0 até R\$ 77 seriam 38.919.660 indivíduos; 14.852.534 ganhariam entre R\$ 77,01 e R\$154; e 19.554.985, entre R\$154,01 e meio salário mínimo. Independentemente

da possibilidade de se questionar o critério utilizado para a inclusão de um indivíduo na categoria “pobre”, observa-se que parte significativa (53%) dos classificados nessa posição de renda sobrevive com uma renda que vai de inexistente até R\$ 77.

Destaque-se, como agravante desse quadro, que os índices relativos ao país não se reproduzem da mesma forma em todas as regiões e em todas as unidades da federação. A média nacional encobre diferenças extremamente significativas. Exemplificando: no que diz respeito à pobreza, dados da Pnad revelam que, enquanto no Nordeste 10,94% e no Norte 8,32% das respectivas populações são constituídas por miseráveis, nas demais regiões esse percentual não chega a 3%. Nas unidades da federação, é igualmente notável a diversidade de situações. A proporção de miseráveis apresenta contrastes marcantes, variando de 18,03% no Maranhão a 1,68% em Santa Catarina.



*meio salário mínimo, valores de 2016.

O elevado grau de desigualdade econômica entre os brasileiros é igualmente verificado a partir do exame dos dados disponíveis relativos à educação,⁷ longevidade e qualidade de vida. As assimetrias de renda se reproduzem e impulsionam as diferenças nos graus de escolaridade, no acesso e na qualidade de moradia, na saúde, enfim, em padrões de bem-estar social. Isso significa dizer que os mais pobres também são os que apresentam os menores graus de escolaridade, os menores anos de expectativa de vida ao nascer e os piores padrões de vida decente.

A correlação entre renda e escolarização é expressiva no Brasil: quanto maior a renda familiar, maior a probabilidade de aumento no número de anos de estudo e vice-versa. Indivíduos que ganham, em média, um salário mínimo por mês — uma terça parte da população do país — têm menos do que cinco anos de escolaridade. No extremo oposto, pessoas com renda seis vezes maior, em média, possuem nível universitário.

A escolaridade desempenha papel fundamental, tanto como fator que opera no sentido da diminuição das desigualdades sociais quanto como motor que favorece o conhecimento de direitos e o domínio de informações sobre como pleiteá-los, quando feridos ou ameaçados.

Dados do Censo do IBGE de 2010 registram que 9,6% da população com 15 anos ou mais são analfabetos.⁸ Essa condição sofre expressivas diferenciações regionais e entre as áreas urbanas e rurais. Naquele ano, mais do que a metade (53,3%) dos analfabetos do país concentrava-se no Nordeste; dentre a população rural, a taxa atingia 23,2%, enquanto, dentre

a urbana, caía para 7,3%. O Censo de 2012 apontou a existência de 13,2 milhões de analfabetos plenos e mais 27,8 milhões de analfabetos funcionais.

Todas essas deficiências relativas à concretização dos referidos direitos exacerbam esse quadro caracterizado pela desigualdade. Trata-se, em poucas palavras, de uma situação que poderia ser qualificada como de **desigualdades cumulativas**, compondo uma estrutura social iníqua, na qual a desigualdade de renda é combinada com graves deficiências nas garantias dos direitos sociais — educação, saúde, habitação.

UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS: O CAMINHO DA JUDICIALIZAÇÃO

Esse quadro de desigualdades socioeconômicas se reflete e, ao mesmo tempo, provoca efeitos em indicadores relativos ao acesso à justiça. Um estudo elaborado pelo Ministério da Justiça — *Atlas de Acesso à Justiça* — confirma a existência de expressiva correlação entre as unidades da federação com os mais baixos Índices de Acesso à Justiça (IAJ) e os piores desempenhos no IDH.⁹ As regiões Norte e Nordeste apresentam os índices mais baixos. Os estados do Maranhão, Pará, Amazonas, Bahia, Ceará e Alagoas ocupam os últimos lugares no *ranking*. Em contraste, os maiores IAJ estão nas demais regiões e em suas unidades da federação: Distrito Federal, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e Paraná.

7 Para ilustrar, dados do Pisa de 2016 mostram que os alunos brasileiros, na comparação com 70 países, foram classificados em posições bastante ruins, ocupando, assim, a 65ª posição em matemática, a 59ª em leitura e a 63ª em ciências.

8 Este percentual corresponde a quase 14 milhões de brasileiros.

9 O Inaj resulta de um conjunto de dados sociais e sobre órgãos e instituições essenciais à distribuição de justiça, tais como a Defensoria Pública, Ministério Público, advocacia, iniciativas extrajudiciais (núcleos de Justiça Comunitária, delegacias de polícia, Procons, cartórios, entre outros).

Processos no Poder Judiciário

Muito embora o IAJ diga respeito a todo o sistema de justiça, o Poder Judiciário ocupa um papel proeminente, sendo imprescindível salientar alguns traços.

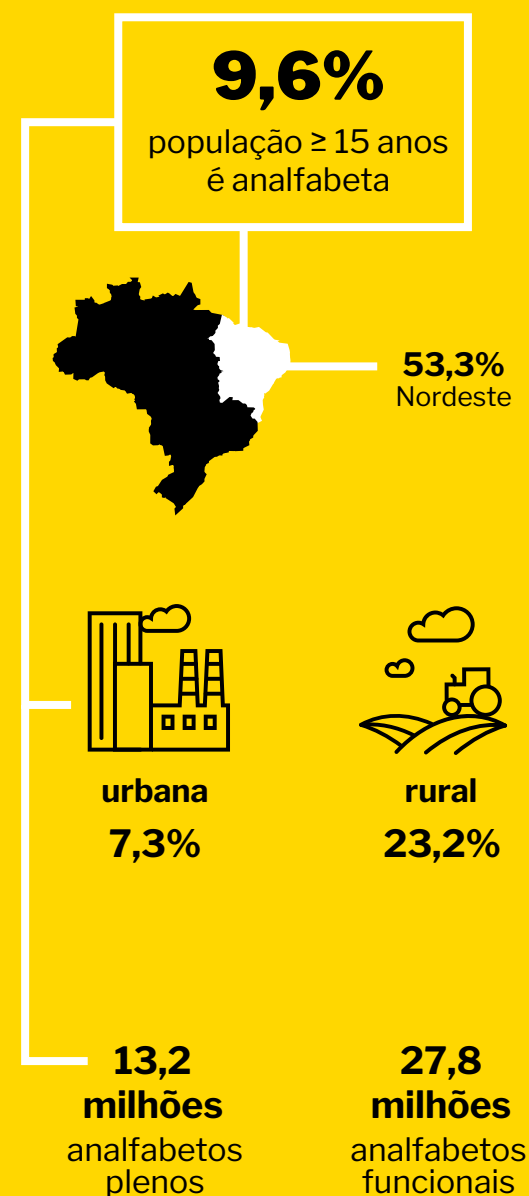
O último relatório — *Justiça em Números* — publicado, em 2016, tendo por referência o ano de 2015, indica que o total de processos no Poder Judiciário (excluindo os atinentes ao STF) chegou a 102 milhões. No levantamento anterior, eram 100 milhões. A soma de casos baixados e pendentes revela a existência de um estoque de quase 74 milhões de ações, apesar de ter sido baixado 1,2 milhão de ações a mais do que o volume de processos ingressados. O saldo tem aumentado continuamente, com um crescimento acumulado, desde 2009, de 19,4%, ou 9,6 milhões de processos pendentes a mais.

A grandiosidade dos números relativos à judicialização pode levar à conclusão de que à extraordinária demanda corresponderia um amplo acesso à justiça. Trata-se, contudo, de ilusão. Com efeito, pesquisas do CNJ,¹⁰ com o objetivo de identificar quem são os principais demandantes do Poder Judiciário, mostram que os 5 maiores litigantes na justiça nacional são: o setor público federal; os bancos; o setor público estadual; serviços de telefonia; e o setor público municipal. Segundo o relatório de 2012, o setor público e os bancos lideram a lista dos maiores litigantes. Esses dois entes respondem sozinhos por mais do que 3/4 dos processos que estavam em tramitação no período do levantamento.

Esses dados foram atualizados e aprofundados com investigação realizada pela Associação

10 “100 Maiores Litigantes”, CNJ, 2011 e 2012. Na Justiça Federal, os 5 maiores setores são: setor público federal; bancos; conselhos profissionais; educação; e serviços. Na Justiça do Trabalho, destacam-se: o setor público federal; bancos; indústria; telefonia; e setor público estadual. Na Justiça Estadual, as primeiras colocações são ocupadas por: bancos; setor público estadual; setor público municipal; telefonia; e setor público federal.

ANALFABETISMO Censo 2010



5 maiores litigantes na Justiça nacional



 +  +  +  = 3/4 dos processos em tramitação*

*segundo dados de 2012

dos Magistrados Brasileiros (AMB) em 2015.¹¹ As informações foram coletadas junto aos Tribunais de Justiça Estadual de 11 unidades da Federação, abrangendo os anos de 2010, 2011, 2012 e 2013.¹² Nas unidades federativas pesquisadas, foram selecionados os 100 maiores litigantes, no polo passivo e no polo ativo, no 1º grau, no 2º grau e nas Turmas Recursais dos Juizados Especiais. Os achados sinalizam uma alta concentração tanto de demandantes como de demandados, sendo sempre expressiva a proporção dos 100 maiores litigantes no total de processos. Os percentuais permitem inferir que poucos usuários são responsáveis por grande número de processos. Tal característica se torna ainda mais visível quando se extrai desse grupo a metade, isto é, o número de partes responsável por 50% das ações imputadas aos 100 maiores. O resultado é extremamente significativo: em todos os

tribunais, pouquíssimos atores públicos e privados respondem por uma grande proporção dos processos, praticamente monopolizando os serviços de justiça estatal.¹³

Tanto do ponto de vista da identidade do Poder Judiciário quanto da universalização do acesso à justiça, esse quadro pode ser qualificado como crítico, contribuindo para desvirtuar o perfil da instituição e para diminuir a qualidade da democracia.

UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS: O CAMINHO DA NÃO JUDICIALIZAÇÃO

Como prescreve a Constituição Federal de 1988, a garantia de direitos e a pacificação não implicam necessariamente a judicialização. O acesso à “ordem jurídica justa”, como assevera Watanabe (2011), pode ser obtido por meio de uma série de mecanismos, como a negociação, a arbitragem, a conciliação.

¹¹ “O uso da Justiça e o Litígio no Brasil”, AMB, 2015.

¹² As UF pesquisadas foram: Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe.

¹³ Muitos analistas consideram que esse quadro representa um “uso predatório da justiça estatal”.

Trata-se, fundamentalmente, da busca da solução mais adequada para os conflitos de interesses, por meio da participação das partes na obtenção do resultado que as satisfaça, preservando o relacionamento e propiciando a justiça coexistencial. Trata-se de solução amigável, uma valorização de meios não adversariais.

Saliente-se que o Poder Judiciário passou a incentivar esse tipo de solução, provocando impactos na prevalecente cultura da sentença, na solução adjudicada dos conflitos. Essa iniciativa certamente impulsionará mudanças na cultura dos operadores do Direito.

Com efeito, o CNJ editou a Resolução nº 125/2010, estabelecendo a Política Judiciária

Nacional de tratamento dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. A resolução determinou a criação de Centros Judiciários de Conflitos e Cidadania (Cejuds), responsáveis pela realização de audiências de conciliação e mediação pré-processuais. Os Cejuds devem, obrigatoriamente, possuir três setores: o pré-processual, o processual e o de cidadania. Cabe ao setor de cidadania prestar informação, serviços psicológicos e de assistência social, orientação jurídica e emissão de documentos.

Essa inovação está considerada no relatório *Justiça em números 2016*, apresentando dados sobre o índice de conciliação: o percen-

Semana da Conciliação — Poder Judiciário

	AUDIÊNCIAS REALIZADAS	ACORDOS EFETUADOS	ACORDOS
2011	349.827	169.334	48%
2012	351.900	175.173	50%
2013	355.991	180.830	51%
2014	293.465	153.447	52%
2015	354.056	186.971	53%
2016	274.047	130.022	47%

Fonte: CNJ, 2017

tual de sentenças e decisões resolvidas por meio de homologação de acordo. Em média, foram 11% durante o ano de 2015.¹⁴ É muito provável que esse percentual cresça graças à entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que prevê a realização de audiência prévia de conciliação e mediação como etapa obrigatória, anterior à formação da lide.

O CNJ tem considerado a relevância da conciliação e seus impactos na pacificação. A *Semana da Conciliação* corresponde a uma meta que se repete anualmente, antes mesmo da aprovação do novo CPC. Trata-se de um esforço concentrado e que envolve todos os tribunais. São selecionados os processos que apresentam possibilidade de acordo e intimadas as partes. Em 2016 foi realizada a 11ª edição dessa mobilização nacional. A tabela na página 47 mostra os resultados das *Semanas da Conciliação* de 2011 a 2016.

Os resultados da *Semana da Conciliação* são expressivos, provocando um crescimento na proporção de acordos no total de audiências. Só nos anos de 2015 e 2016, de acordo com infor-

mações constantes na página do CNJ, essa política respondeu por 30% e 37%, respectivamente, do total de acordos efetuados. Além disso, os percentuais relativos aos acordos efetuados durante a *Semana da Conciliação* são sempre próximos à metade das audiências realizadas, variando de 47% a 53%.

O cenário sugerido pelas políticas judiciais que contribuem para universalizar direitos não implica a afirmação de que seja amplo o acesso à justiça ou de que os problemas que têm caracterizado o Poder Judiciário encontrem solução definitiva nessas políticas. Os ganhos dessa medida, contudo, manifestam-se em diferentes esferas, que vão da valorização da informalidade, da simplicidade, da economia processual, até a rapidez e a transformação das partes em litígio em protagonistas da solução das demandas levadas à justiça. No que se refere à magistratura, os benefícios são igualmente notáveis: o comprometimento com princípios que orientam o tratamento adequado de conflitos de interesses, com a efetividade de soluções e com métodos não adversariais. ●

14 A justiça que mais faz conciliações é a trabalhista, que soluciona 25% de seus casos por meio de acordos. Nos Juizados Especiais, na fase de conhecimento, o índice de conciliação foi de 16%, sendo 19,1% na Justiça Estadual e 5,6% na Federal. Na força de trabalho auxiliar do Poder Judiciário, constituída por 155.644 trabalhadores, 7,4% são conciliadores.



Conselho Nacional de Justiça. 100 maiores litigantes, Brasília, 2011

Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números, Brasília, 2016

CALMON, P. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007

CAPPELLETTI, M; GARTH, B. Acesso à Justiça, Porto Alegre: Fabris, 1988

DINAMARCO, C.R.A. Reforma da Reforma, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

GRINOVER, A.P. Novas Tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 1990

WATANABE, K. Conciliação e mediação: Estrutura da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011

WATANABE, K. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In Estudos em homenagem à Prof. Ada P. Grinover. Org: F.L. Yarshell e M Z de Moraes. São Paulo: Dpj, 2005

O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS E A RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO ADVOGADO PÚBLICO

A atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) na institucionalização dos métodos consensuais de solução de conflitos no Brasil é o mote principal do debate proposto por Daldice Santana e Bruno Takahashi. No artigo, os autores abordam a divisão de atribuições entre o TCU e o Conselho Nacional de Justiça, os limites de competência do TCU, a divergência de decisões com o Judiciário e questões ligadas à homologação judicial de acordos.

DALDICE SANTANA

Conselheira do Conselho Nacional de Justiça

Formada em direito pela Universidade Federal da Bahia, com especializações em processo civil pela mesma instituição, em direito administrativo pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia, em direito público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e em direito constitucional aplicado pela Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região. Foi coordenadora do Programa de Conciliação da 3ª Região e atualmente é conselheira do Conselho Nacional de Justiça, onde preside a Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania.

BRUNO TAKAHASHI

Juiz Federal

Doutorando e mestre em direito processual civil pela Universidade de São Paulo, onde concluiu graduação em direito. Atualmente, é juiz federal substituto e membro do Comitê Gestor Nacional da Conciliação do Conselho Nacional de Justiça.

A relevância da solução pacífica das controvérsias é destacada logo no preâmbulo da Constituição Federal brasileira, ao estabelecer uma sociedade “*fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*”. Embora não possua força normativa, o preâmbulo serve como guia interpretativo da Constituição e, por consequência, da política fundamental nela instituída. Portanto, a valorização da consensualidade repercute como vetor interpretativo de todo o sistema jurídico brasileiro. Não há distinção entre a solução pacífica de controvérsias privadas e públicas. Assim, deve-se buscar a solução consensual e pacífica de ambas.¹

Isso mostra que a inserção dos meios consensuais como norma fundamental não é exclusividade — e muito menos novidade — do art. 3º do Novo Código de Processo Civil. A valorização dos meios consensuais já constava na Constituição e remete a épocas imemoriais.² A novidade reside na maneira de usar e na sua maior institucionalização.

1 Ademais, o art. 4º, VII, da Constituição Federal estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pela solução pacífica dos conflitos, não havendo motivos para que seja adotada orientação diversa na ordem interna.

2 De origem muito mais remota, a conciliação tem sido utilizada desde a Antiguidade, em diversas culturas, como ferramenta de controle social e pacificação da comunidade. A Lei das XII Tábuas, por exemplo, conferia força obrigatória ao que fosse avençado pelas partes em juízo (Tábua I). Na antiga China, Confúcio sustentava que a melhor forma de resolução de desavenças era aquela feita mediante a persuasão moral e o acordo, nunca a obtida sob a coação. Em certas regiões da África, assembleias de vizinhos formavam um órgão cooperativo de mediação para solucionar contendas comunitárias. Na Judéia, um conselho de rabinos atuava com essa mesma função.

Nos últimos anos, destaca-se bastante o papel do Judiciário, e em especial do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), nessa institucionalização. Das práticas isoladas, passou-se ao desenvolvimento de uma política nacional de tratamento adequado de conflitos com o advento da Resolução nº 125/2010 do CNJ. Posteriormente, o Novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação vieram reforçar diversos aspectos ligados à institucionalização que já estavam presentes na Resolução nº 125/2010, como, por exemplo, a criação de centros judiciais de solução consensual de conflitos e a importância da capacitação de conciliadores e mediadores judiciais.

Segundo a professora Ada Pellegrini Grinover,³ a Resolução nº 125/2010, o Novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação integram o que ela chama de “*minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos*”. Esse sistema, sem dúvida, consolida a institucionalização.

No entanto, a ideia de minissistema não pode se restringir à existência de textos legais. É necessário que, a partir da interpretação e da aplicação das normas, construa-se uma consistente política nacional de tratamento adequado dos conflitos. Nessa política, a institucionalização não se limita ao Poder Judiciário, expandindo-se aos

3 GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Novo CPC. In: VVAA. *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo, Atlas, 2015, p. 1—2.

demais Poderes. De fato, atualmente, já se notam esforços também no Poder Executivo e no Poder Legislativo, sem os quais essa institucionalização não seria possível. Todavia, a partir do momento em que diferentes Poderes e órgãos se envolvem na institucionalização dos meios consensuais, surge a necessidade correlata de atuarem em harmonia, compartilhando competências em busca do objetivo comum da solução pacífica das controvérsias.

Nesse contexto, o objetivo deste artigo é mostrar a importância do Tribunal de Contas da União (TCU) na institucionalização dos meios consensuais no Brasil. Em particular, busca-se discutir a divisão de competências entre o Judiciário e o referido Tribunal, com destaque para o argumento que costuma ser apontado como justificativa para a não realização de acordos pelos advogados públicos federais: o temor de responsabilização funcional pelo TCU.

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS NO ÂMBITO INTERNO DO TCU

O Tribunal de Contas da União possui inegável importância no sistema constitucional brasileiro, auxiliando o Congresso Nacional na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial

da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade e à fiscalização da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas,⁴ conforme evidencia o art. 71 da Constituição Federal.

Em geral, a imagem que se tem do TCU é a de um órgão repressivo, que, ao fiscalizar a aplicação de recursos financeiros da União, busca os culpados e aplica as sanções cabíveis com rigidez. No entanto, essa distorção não dá conta das nuances e da complexidade do seu trabalho.

Nesse sentido, o analista de controle externo do TCU Carlos Wellington Leite de Almeida⁵ afirma que:

Embora o Tribunal seja mais conhecido, e temido, por sua ação sancionadora, há que se conferir o devido relevo à sua atividade pedagógica e harmonizadora. O Tribunal age de maneira educativa quando orienta e informa sobre procedimentos e melhores práticas de gestão, mediante a realização de seminários, reuniões e encontros de cunho pedagógico, ou, ainda, quando da realização de auditorias de natureza operacional, recomenda aos gestores a adoção de providências. O caráter peda-

4 Conforme informações disponíveis no site do TCU (www.tcu.gov.br). Acesso em 09 fev. 2017.

5 ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. *Controle Externo e Técnicas de Mediação: A Busca de Soluções com Foco no Interesse Público*. Revista do TCU, Brasília, nº 98, Out./Dez. 2003, p. 47.

“Cabe destacar, assim, que o trabalho de fiscalização e de aplicação de sanções não é incompatível com o uso de meios consensuais.”

gógico da ação do TCU, contudo, não deixa de transparecer quando da aplicação de sanções a responsáveis que praticaram irregularidades ou atos de gestão lesivos ao Erário público, na medida em que essas sanções funcionam como fator de inibição à ocorrência de novos fatos semelhantes. O Tribunal age de maneira harmonizada quando contribui para a redução das diferenças entre órgãos e entidades da Administração Pública que podem, muitas vezes, estar conduzindo políticas públicas singulares que se chocam no todo ou em parte. É no bojo das ações pedagógicas e, em especial, das ações harmonizadoras, que o TCU deve pautar-se pela técnica de mediação. A técnica servirá para aproximar os responsáveis pelos diferentes órgãos e entidades, conduzindo-os à harmonização das respectivas políticas públicas e ao atendimento do interesse comum de melhor gerir o dinheiro público.

Cabe destacar, assim, que o trabalho de fiscalização e de aplicação de sanções não é incompatível com o uso de meios consensuais. É possível imaginar, por exemplo, a realização de ajustes secundários, com relação ao prazo e à forma de pagamento. Alguns tribunais de contas estaduais destacam-se, ainda, pelo uso de Termo de Ajustamento de Gestão (TAG), que “visa à adequação às exigências da lei (norma jurídica) vigente ao momento de uma possível ameaça ao erário ou da violação aos princípios norteadores das condutas da máquina estatal, sujeitos ao controle pelos Tribunais de Contas, cujo caráter é meramente preventivo”.⁶ Em um plano institucional mais amplo, notam-se relevantes

6 Cf. SOUZA, Patrícia Nunes Carvalho Sobral de. É possível a mediação de conflitos em sede de tribunais de contas? In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Mediação de Conflitos. São Paulo: Atlas, 2013, p. 109—110.

iniciativas, a exemplo do diálogo interinstitucional capitaneado pelo TCU no âmbito da mediação sanitária, como forma de lidar com o excessivo número de conflitos na área.⁷

Além disso, nem tudo o que envolve gestão de recursos públicos federais implica atuação do TCU. De fato, o secretário de controle externo do TCU Arildo da Silva Oliveira⁸ lista uma série de “não competências” do Tribunal de Contas, tais como: a aplicação de crédito-instalação para assentados do Programa de Reforma Agrária; a gestão de portos e rodovias delegada pela União a estados e municípios; o financiamento do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf).

É nesse cenário de valorização dos meios consensuais no âmbito interno do TCU e na delimitação de suas competências (e, em consequência, das não competências) que será analisada a questão do temor de responsabilização funcional dos advogados públicos federais que realizam acordos em juízo.

O TEMOR DE RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DOS ADVOGADOS PÚBLICOS FEDERAIS

Embora haja respaldo interno das procuradorias,⁹ um dos obstáculos comumente citados pelos advogados públicos federais para a não apresentação de propostas de acordos é o receio da responsabilização pessoal pelo Tribunal de Contas da União. Esse temor

7 Sobre o tema da mediação sanitária, vide entrevista “Política Judiciária para a Saúde”, concedida pelo ministro do TCU Bruno Dantas (Revista do TCU, Brasília, n. 133, Mai/Ago 2015, p. 6—9).

8 OLIVEIRA, Arildo da Silva. O TCU e suas “Não-Competências”. Revista do TCU, Brasília, n. 129, Jan/Abr 2014, p. 28—37.

9 Por exemplo, a Conclusão n. 47 da I Reunião de Serviço dos Juizados Especiais Federais, realizada pela Procuradoria Federal Especializada — INSS, em 2003, dispõe que “o Procurador, ainda que em estágio probatório, não poderá ser responsabilizado pela realização de acordos, salvo atuação com erro grosseiro ou dolo”.

teria se concretizado com a publicação dos Acórdãos nº 715/2012 e 666/2013.

No entanto, a análise dos citados acórdãos do TCU indica que, além de tratarem de questões surgidas antes do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), eles fazem menção às auto-composições firmadas em juízo somente de passagem, no contexto maior das fraudes na concessão de benefícios previdenciários por decisão judicial. A questão apreciada pelo TCU envolve decisões judiciais em geral e não as sentenças homologatórias de acordo em específico.

Isso fica evidente quando se nota a menção a apenas “alguns casos” na seguinte passagem do voto condutor proferido pelo ministro do TCU Augusto Nardes no acórdão nº 715/2012 (Processo nº 008.71/2011.1, julgado na sessão de 28 de março de 2012):

2.6.1 — Situação encontrada:

O percentual de concessões por decisão judicial é de 24,3%, mas dentre os benefícios com indícios de irregularidade, abordados nos achados descritos nos itens 2.1, 2.2 e 2.3, 46% foram concedidos por decisão judicial. No caso dos segurados especiais que apresentavam vínculos urbanos na DIB ou que percebiam benefício com valor superior ao salário mínimo, 56% e 61%, respectivamente, foram decorrentes de decisões judiciais.

(...)

2.6.3- Causas da ocorrência do achado:

Insuficiência de recursos materiais ou financeiros — Número insuficiente de procuradores e, especialmente, das equipes ou agências da Previdência Social que atendem às demandas judiciais, frente à expressiva quantidade de processos desse tipo. Nos benefícios concedidos por deci-

são judicial, muitas vezes, um indício de irregularidade que seria tratado em um processo administrativo não é abordado nem pelo juiz nem pela Procuradoria do INSS, como foi possível observar nos processos examinados (Tabela 7 do Anexo 1). **Em alguns casos**, o procurador já busca a alternativa do acordo, que reduz o custo do processo para o INSS. Além disso, muitos processos judiciais não foram precedidos por um requerimento administrativo, o que permitiria à procuradoria uma análise dos motivos que ensejariam a negativa ou aceitação do requerimento.” (grifo nosso)

Desse modo, os acórdãos normalmente citados como argumento para a não apresentação de propostas de acordo em juízo, na realidade, não trazem tal vedação, tampouco rechaçam a possibilidade de adoção dos meios consensuais pelos órgãos administrativos, inclusive no âmbito do TCU.

Acrescente-se, ainda, que o temor de punição pelo TCU em decorrência de acordos feitos em juízo é mitigado quando se analisa a própria competência do Tribunal de Contas da União.

OS LIMITES DA COMPETÊNCIA DO TCU

O Tribunal de Contas da União possui inúmeras atribuições, como se extrai da leitura do já citado art. 71 da Constituição Federal. A ele é permitido, inclusive, a apreciação da constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, restrita, evidentemente, ao exercício de suas atribuições, conforme dispõe a Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribui-

ções, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”.

Por isso, em nome do próprio interesse público, é saudável que o TCU exerça a fiscalização da concessão de benefícios previdenciários e assistenciais pelo INSS, sobretudo em tempos em que se discute o déficit da previdência.

Essa fiscalização, de fato, seria de extrema utilidade para apontar caminhos para uma atuação conjunta entre os órgãos do Poder Público. Auditorias do TCU poderiam, por exemplo: (i) revelar a existência de benefícios por incapacidade ativos por tempo além do devido em razão da falta de reavaliação administrativa; (ii) indicar se o montante dos acordos não seria mais eficiente para o INSS do que a interposição de muitos recursos; (iii) avaliar a ocorrência de gastos exagerados com repetição de atos, como a realização de diversas perícias para o mesmo segurado. Em suma, o TCU poderia e pode contribuir significativamente com a conciliação interinstitucional, sem descuidar do seu papel na fiscalização administrativo-financeira do Poder Público.

No entanto, a Constituição Federal, além de conferir atribuições ao TCU, delimita também sua competência, na mesma medida.

Por sua vez, o art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal estabelece competir ao Conselho Nacional de Justiça o controle da “atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário”. Nesse passo, essa atribuição, mais específica do CNJ, está adstrita ao âmbito desse Poder, enquanto a do TCU é mais ampla, como demonstra o art. 71, IV, da Constituição Federal.

Assim, considerando-se que as decisões do TCU não possuem natureza jurisdicional, não podem elas invadir a competência própria do Judiciário.

A DIVISÃO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE TCU E CNJ

É nesse contexto que cabe a análise da divisão de atribuições entre o Tribunal de Contas da União e o Conselho Nacional de Justiça.

De fato, tanto as decisões do TCU como as do CNJ podem ser vistas como decisões administrativas, na medida em que não possuem cunho jurisdicional. No entanto, enquanto o TCU possui uma atribuição genérica de controle administrativo-financeiro do Poder Público, o CNJ possui atribuição especial para realizar o controle administrativo-financeiro do Poder Judiciário.

O CNJ já se manifestou sobre esse tema na Consulta nº 0006065-55.2011.2.00.0000, decidida em 05 de junho de 2012.¹⁰ No caso, tratava-se de pedido de orientações formulado pelo presidente do Conselho da Justiça Federal acerca de como proceder quanto ao pagamento da gratificação VPNI-GEL a magistrados. A gratificação foi autorizada pelo Enunciado nº 4 do CNJ, mas houve manifestação em contrário do TCU, por meio do Aviso nº 146, da Presidência, o qual recomendou a observância do Acórdão nº 8.890/2011, da Primeira Câmara daquele Tribunal de Contas.

No julgamento, o CNJ afirmou que, em caso de divergência, deve-se adotar o critério da es-

10 A decisão da consulta foi ementada do seguinte modo: “Recurso administrativo. Consulta formulada pelo Conselho da Justiça Federal. Aplicabilidade de enunciado do CNJ que autoriza o pagamento de gratificação denominada VPNI-GEL a magistrados. Conflito de atribuições entre CNJ e TCU. Solução.

1. Questionamento do Conselho da Justiça Federal sobre procedimento a ser adotado quanto ao pagamento a magistrados da gratificação denominada VPNI-GEL, autorizado pelo Enunciado nº 4 deste CNJ, em face de acórdão do Tribunal de Contas da União que julgou ser ilegal o pagamento da referida gratificação.

2. O CNJ exerce o controle, especificamente, da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário. À exceção do Supremo Tribunal Federal, todos os Tribunais devem acatar as determinações emanadas do CNJ. Logo, o CJF, ante o conflito de atribuições, deve seguir as orientações do CNJ, e não do TCU.

3. Inexiste previsão regimental para que o Plenário do CNJ suscite conflito de atribuições, com remessa dos autos ao STF ou ao STJ, a fim de solucionar eventual de conflito de atribuições. A busca da via judicial deve ser iniciativa das partes.

4. Recurso não-provido.”

pecialidade. Assim, citando caso análogo, o voto condutor do Conselheiro Tourinho Neto refere que “*por exercer o controle, especificamente, da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, todos os tribunais, com a exceção do Supremo Tribunal Federal, devem acatar as determinações emanadas por este Conselho mesmo com posições divergentes do TCU*”. (grifo nosso)

Desse modo, em caso de conflito de atribuições entre o TCU¹¹ e o CNJ, tratando-se de decisão administrativa do Poder Judiciário, entende-se que prevalece a posição do CNJ, tendo em vista o critério da especialidade.

A DIVERGÊNCIA DE DECISÕES ENTRE TCU E PODER JUDICIÁRIO

A rigor, não é possível falar em conflito entre decisão do TCU e decisão judicial, por se tratar de decisões de natureza diversa. As decisões do TCU, por mais relevantes que sejam, são decisões administrativas. Não possuem, assim, a força da coisa julgada das decisões judiciais.

As ementas de dois julgados do Supremo Tribunal Federal são especialmente esclarecedoras sobre essa matéria (grifo nosso):

Agravo regimental em mandado de segurança. Concessão inicial de pensão julgada ilegal pelo Tribunal de Contas da União. Alteração da fonte pagadora. Ofensa à coisa julgada. Agravo regimental não provido. 1. Existência de decisão judicial transitada em julgado condenando a União ao pagamen-

11 Ver também: SOUZA, Artur Cesar de. Conflito de atribuições entre o Tribunal de Contas da União e os órgãos administrativos luso-brasileiros de controle da magistratura: uma perspectiva democrática fiscalizatória (checks and balances). Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

to da pensão, conforme se verifica na parte dispositiva da sentença. Não se está diante de hipótese excepcional de lacuna do título judicial ou de desvio administrativo em sua implementação. Desse modo, não pode o Tribunal de Contas da União, mesmo que indiretamente, alterar as partes alcançadas pela decisão judicial já transitada em julgado. Se o responsável pelo pagamento da pensão era o INSS, essa questão deveria ter sido arguida à época da discussão judicial. A questão acerca do regime de aposentação da impetrante deveria ter sido arguida durante o trâmite da ação ordinária, e, depois de transitada em julgado a decisão, eventualmente, pela via da ação rescisória, mas não no momento da análise da legalidade da pensão perante o TCU. 2. Agravo regimental não provido.

(MS 30312 AgR, Relator(a): ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 27/11/2012, Processo eletrônico DJe-245,

divulgado em 13/12/2012, publicado em 14/12/2012)

Mandado De Segurança. Tribunal De Contas Da União. Aposentadoria. Registro. Vantagem Deferida Por Sentença Transitada Em Julgado. Dissonância Com A Jurisprudência Do Supremo Tribunal Federal. Determinação À Autoridade Administrativa Para Suspende O Pagamento Da Parcela. Impossibilidade. 1. **Vantagem pecuniária incluída nos proventos de aposentadoria de servidor público federal, por força de decisão judicial transitada em julgado. Impossibilidade de o Tribunal de Contas da União impor à autoridade administrativa sujeita à sua fiscalização a suspensão do respectivo pagamento. Ato que se afasta da competência reservada à Corte de Contas (CF, art. 71, III).** 2. Ainda que contrário à pacífica jurisprudência desta Corte, o reconhecimento de direito coberto pelo manto da res judicata somente pode

ser desconstituído pela via da ação rescisória. Segurança concedida.

(MS 23665, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 05/06/2002, DJ 20-09-2002 PP-00089 EMENT VOL-02083-02 PP-00314)

Em caso de conflito entre decisão do TCU e decisão judicial, prevalece, portanto, a decisão judicial. Trata-se, neste caso, de simples decorrência da prevalência das decisões judiciais sobre as administrativas.

NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO

As premissas firmadas nos dois itens anteriores trazem importantes reflexos na questão da responsabilização funcional dos advogados públicos por eventual acordo firmado em juízo. Isso porque a decisão do juiz que homologa o acordo é uma sentença, ou seja, é um título executivo judicial. O art. 334, § 11, do Novo Código de Processo Civil (NCPC), ao tratar da audiência de conciliação e mediação, estabelece que a “autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença”. Do mesmo modo, o art. 515, II, considera a decisão homologatória de autocomposição judicial como título executivo judicial. Além disso, até mesmo a “autocomposição extrajudicial de qualquer natureza”, se homologada judicialmente, passa a ser título executivo judicial, nos termos do art. 515, III, do NCPC.

É certo que, na autocomposição, deve prevalecer a vontade das partes. Isso decorre do princípio da autonomia de vontade e da própria filosofia dos meios consensuais, os

quais enfatizam a importância do “empoderamento” dos envolvidos para a solução dos próprios conflitos.

No entanto, não se pode esquecer de que, ao homologar um acordo, o juiz exerce **cognição judicial**. Em outros termos, o juiz não atua como simples carimbador do acordo produzido pelas partes, sem juízo crítico algum sobre o que está chancelando. Por isso, antes da homologação, o juiz deve verificar se aquele acordo é minimamente válido. Nesse sentido, a professora Ada Pellegrini Grinover¹² defende que a recusa de homologação deve ser motivada e se basear exclusivamente na violação dos princípios previstos na Resolução nº 125/2010 do CNJ, entre eles, o do “respeito à ordem pública e às leis vigentes” (art. 1º, VI, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, trazido no Anexo III da Resolução nº 125/2010). Podem ser acrescidos, ainda, entre outros, princípios como o da razoabilidade, da proporcionalidade, da boa-fé objetiva e da moralidade pública.

É importante salientar que, no caso de haver interesse público, a homologação do acordo somente poderá ser realizada após a participação do Ministério Público. A lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) deixa isso evidente, ao estabelecer, no § 2º do art. 3º, que o “consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”.

Em síntese, a sentença homologatória de acordo é uma decisão judicial tal qual uma sentença adjudicatória. Há cognição judicial e, decorrido o prazo recursal ou tendo as partes renunciado ao recurso, a decisão reveste-se de

“ NA AUTOCOMPOSIÇÃO, DEVE PREVALECER A VONTADE DAS PARTES. ISSO DECORRE DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE VONTADE E DA PRÓPRIA FILOSOFIA DOS MEIOS CONSENSUAIS, OS QUAIS ENFATIZAM A IMPORTÂNCIA DO “EMPODERAMENTO” DOS ENVOLVIDOS PARA A SOLUÇÃO DOS PRÓPRIOS CONFLITOS. ”

¹² Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Novo CPC, cit. p. 18.

coisa julgada. Por isso, mesmo em casos de indícios de fraude, somente poderá ser desconstituída mediante outra decisão judicial. Não é possível que haja revisão mediante decisão do TCU. Tratando-se de decisão judicial, esta prevalece sobre o ato administrativo.

Ademais, a decisão do juiz que homologa acordo, mesmo que extrajudicial, possui cunho jurisdicional. Todavia, ainda que se entenda que a decisão homologatória de acordo pré-processual ou extrajudicial seja uma decisão administrativa ou uma decisão de gestão, não caberia o controle por meio do TCU. Isso porque tal decisão não deixaria de ser um ato praticado por um juiz. Assim, aplica-se o critério da especialidade: o controle de eventual irregularidade ou infração disciplinar é atribuição do CNJ, e não do TCU.

COOPERAÇÃO ENTRE OS AGENTES ENVOLVIDOS NO ACORDO

De todo modo, se houver questionamento do TCU quanto ao acordo homologado em juízo, caberá ao juiz, como órgão prolator da decisão e corresponsável, cooperar com as partes, colaborando como testemunha em eventual processo do TCU que vise a apurar responsabilidade funcional do advogado público.

A ideia de um processo cooperativo, inclusive, foi consagrada no art. 6º do Novo Código de Processo Civil: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Nesse sentido, ao tratar das conciliações previdenciárias, lembrando a lição do promotor de Justiça Eduardo Cambi — de que o processo judicial é visto como um “espaço polifônico” —, o desembargador federal Paulo Afonso Brum Vaz

e o juiz federal Bruno Takahashi¹³ propuseram a divisão das responsabilidades entre os atores do processo nos seguintes termos:

“Assim sendo, caso haja eventual abertura de processo administrativo disciplinar para responsabilização pessoal do procurador federal que realizou proposta de acordo, deveria existir norma expressa da Administração no sentido da necessidade de serem ouvidos o juiz e o advogado da parte autora que atuaram no caso. Dessa forma, com a obrigatoria oitiva de todos os partícipes do processo, haveria maior respaldo do procurador federal, que, assim, teria maior autonomia e segurança para realizar acordos.”

Assim, o envolvimento do juiz não se encerra com a homologação do acordo; estende-se à execução do acordado e abrange, também, eventuais questionamentos que possam existir por parte do TCU.

CONCLUSÃO

Dessa forma, é inegável a importância do Tribunal de Contas da União para a institucionalização dos meios consensuais no Brasil, o que pode ocorrer tanto pela valorização de práticas autocompositivas, no âmbito interno de sua atuação — como é o caso da mediação sanitária —, quanto pela fiscalização das atividades conciliatórias dos órgãos administrativos submetidos ao seu controle.

Nesse segundo aspecto, é relevante delimitar as atribuições do TCU em relação a outras instituições.

“O envolvimento do juiz não se encerra com a homologação do acordo; estende-se à execução do acordado e abrange, também, eventuais questionamentos que possam existir por parte do TCU.”

Neste artigo, para tratar dessa divisão de atribuições, tomou-se o exemplo do receio de responsabilização funcional dos advogados públicos em decorrência de fiscalização do TCU.

Isso não significa, de modo algum, desmerecer a função do TCU na fiscalização administrativo-financeira do Poder Público, sobretudo no que tange ao fundamental papel no combate às fraudes previdenciárias.

A ideia foi somente demonstrar que a divisão de competências, prevista constitucionalmente, indica caber ao TCU o exercício do controle geral. O controle específico e limitado ao Poder Judiciário compete ao CNJ. Além disso, a sentença homologatória de acordo, por ser uma decisão jurisdicional baseada em cognição judicial, somente pode ser objeto de impugnação no próprio Judiciário, por meio de recurso, de ação anulatória ou de ação rescisória. No caso de eventual fiscalização do TCU, o juiz, como corresponsável pelo acordo, deve cooperar com os envolvidos, sendo recomendável que sirva como testemunha no procedimento administrativo.

Em suma, a institucionalização dos meios consensuais no Brasil passa pela conjugação de esforços de diversas instituições, sejam elas públicas, sejam elas privadas. Não se trata de movimento exclusivo do Judiciário, mas de toda a sociedade. Isso provoca uma necessária reflexão acerca dos limites de atuação de cada Poder e de cada órgão, o que, no fundo, é positivo, por demonstrar que, cada vez mais, os meios consensuais não são práticas isoladas, mas sim um movimento crescente, em busca da pacificação social.●

¹³ VAZ, Paulo Afonso Brum; TAKAHASHI, Bruno. Barreiras da Conciliação na Seguridade Social e a Política de Tratamento dos Conflitos. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 46–56, out/dez 2011, p. 46–56.

20 ANOS DA LEI DE ARBITRAGEM: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

Neste artigo, José Antonio Fichtner e André Luís Monteiro fazem uma análise dos 20 anos da Lei de Arbitragem brasileira, demonstrando como era o cenário antes da sua promulgação, em 1996, analisando os principais acontecimentos após a aprovação da legislação e refletindo sobre a reforma legislativa, concluída em 2015, na qual a Lei de Arbitragem foi modernizada e teve seu alcance ampliado. Os autores discorrem também sobre as tendências da arbitragem no Brasil e no mundo.

JOSÉ ANTONIO FICHTNER

Professor da Direito Rio da FGV

Mestre em direito pela Universidade de Chicago, nos Estados Unidos, e bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Atualmente, é professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, onde coordena o *LL.M Litigation*, da PUC-RJ e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, além de árbitro e sócio do escritório Andrade & Fichtner Advogados. Também é membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Comitê Brasileiro de Arbitragem e da Associação Latino-Americana de Arbitragem. Participou da Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto de Reforma da Lei de Arbitragem brasileira. Foi procurador do Estado do Rio de Janeiro.

ANDRÉ LUÍS MONTEIRO

Advogado

Doutorando e mestre em direito processual civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, é bacharel em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Possui pós-graduação em direito empresarial, com especialização em processo civil pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Também é especialista em arbitragem, direito societário e mercado de capitais pela FGV e em direito econômico pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Foi *Junior Academic Visitor* no *Commercial Law Centre* da Universidade de Oxford, no Reino Unido, é advogado do escritório Andrade & Fichtner Advogados e membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Comitê Brasileiro de Arbitragem.

A escolha pela vida em sociedade — na verdade, imposição, decorrente da própria natureza humana — exige do homem a capacidade de abjurar de suas individualidades para dividir os bens disponíveis, materiais e imateriais, com os seus iguais. Nem sempre, porém, esse ideal de convivência se realiza perfeitamente, seja por causa da escassez de bens em comparação com as necessidades das personagens sociais, seja pura e simplesmente em decorrência de algum desvio em relação ao comportamento socialmente esperado. O fiel da balança neste ideal de convivência é o Direito, que produz comandos normativos aptos a encontrar o meio-termo adequado entre a liberdade individual e a convivência harmônica entre os indivíduos.

Muitas vezes, porém, o Direito não consegue, no plano meramente abstrato e normativo, preservar esse ideal de convivência. A inobservância, direta ou indireta, de preceitos de conduta e a colisão de interesses de seres humanos criam, sob um ângulo teórico, crises, pois a ignorância ou a infringência desses comandos normativos de contenção social pode, ocorrendo reiteradamente, em última instância, levar ao colapso social. Há, pois, no desrespeito a esses preceitos, desarranjos jurídicos e sociais. Nas modernas sociedades civilizadas, a ordem jurídica detém meios legítimos para preservar ou restabelecer o império do Direito, suficientes para evitar o colapso do ordenamento jurídico, da sociedade, do Estado, da comunidade in-

ternacional e, ao final e ao cabo, das esferas jurídicas individuais.

A atuação do Estado, nesse *desideratum*, atende a essas finalidades, cujo alcance, na maioria dos sistemas jurídicos modernos, se dá, principalmente, por meio do exercício da atividade jurisdicional estatal. Mas não é só. Recentemente, os denominados *métodos adequados de solução de conflitos* têm ocupado um relevante papel — notadamente a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação. Em todas essas hipóteses, o que se pretende é a pacificação social, algumas vezes, por meio de uma decisão impositiva proferida por um terceiro (Poder Judiciário e arbitragem); outras vezes, por meio de uma solução consensual alcançada pelas partes, com algum ou nenhum auxílio de um terceiro (negociação, mediação e conciliação).

Neste trabalho, pretende-se explicar o desenvolvimento da arbitragem no país nos últimos 20 anos, bem como arriscar um prognóstico do futuro do instituto no Brasil.

PASSADO

A revolução ocasionada pela lei nº 9.307/1996: duas medidas fundamentais

Até 1996, o instituto da arbitragem era previsto na legislação brasileira,¹ mas não era

amplamente utilizado na prática. Poucas arbitragens ocorriam no país, poucas eram as instituições de arbitragem existentes, o volume financeiro movimentado pela via arbitral era reduzido, havia poucos profissionais qualificados para atuar como árbitros e poucos escritórios de advocacia tinham experiência na área. A lei nº 9.307/1996, efetivamente, revolucionou a arbitragem no Brasil. O sucesso da lei se deve a múltiplos fatores, valendo, aqui, ressaltar dois deles: (i) a possibilidade de execução específica da cláusula compromissória vazia e (ii) a desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral proferida no Brasil.

Antes da promulgação da Lei de Arbitragem brasileira, a parte que se recusasse a participar de uma arbitragem, mesmo tendo previamente celebrado convenção de arbitragem, estava sujeita, na hipótese de inadimplemento da obrigação de se submeter à arbitragem, apenas e tão somente ao pagamento de indenização por perdas e danos, a serem apurados e liquidados numa ação judicial pelo rito ordinário. É desnecessário dizer que a liquidação desse dano — prejuízo por

não submeter o caso à arbitragem, mas sim ao Poder Judiciário — era um tanto quanto complexa e evidentemente ineficiente para fins de incentivar o cumprimento da convenção de arbitragem.

A cláusula compromissória funcionava, pois, como um contrato preliminar, mas sem possibilidade de substituição de declaração de vontade e, por conseguinte, transformação em contrato definitivo. Qualquer uma das partes poderia desistir de submeter a disputa ao processo arbitral, o que obrigava a outra parte a resolver o conflito perante o Poder Judiciário.

A Lei de Arbitragem inovou nesse sentido e previu duas regras fundamentais, uma no art. 5º e outra nos arts. 6º e 7º, conforme se trate de cláusula compromissória cheia ou de cláusula compromissória vazia. No primeiro caso, se uma das partes se recusar a participar da arbitragem, o processo arbitral se inicia e prossegue mesmo assim, seguindo-se as regras descritas pelas partes na convenção de arbitragem ou contidas no regulamento de arbitragem eleito pelas partes. Desde que esteja previsto o método de escolha de árbitros, a arbitragem pode e deve prosseguir. Assim, a contumácia de uma das partes em cumprir a cláusula compromissória cheia não impede o início, prosseguimento e a conclusão da arbitragem, inclusive com a prolação de sentença arbitral, eventualmente condenando esta parte contumaz àquilo pretendido pelo requerente.

e não português — a prever a arbitragem foi a Constituição Imperial de 1824, que, no art. 160, previa, na primeira parte, que “nas cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as partes nomear juizes árbitros”, bem como, na segunda parte, que “suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes”. O instituto da arbitragem, portando, já estava presente no Brasil desde os primeiros atos normativos realmente brasileiros. O instituto foi mencionado também no Código Comercial de 1850, no conhecido Regulamento nº 737/1850, no Decreto nº 3.900/1867, na Constituição de 1891, no Decreto nº 3.084/1898, no Código Civil de 1916, na Constituição de 1934, na Constituição de 1937, no Código de Processo Civil de 1939, na Constituição de 1946, na Constituição de 1967, no Código de Processo Civil de 1973 e na Constituição de 1988.

1 No Brasil, o primeiro diploma normativo — verdadeiramente brasileiro

No segundo caso, ou seja, na hipótese de cláusula compromissória vazia, a parte interessada em iniciar a arbitragem pode mover uma ação judicial, expressamente prevista na lei, em face da parte recalcitrante, para que o Poder Judiciário substitua a declaração de vontade desta última e, com isso, estabeleça o compromisso arbitral por sentença judicial (execução específica da cláusula compromissória vazia). Com base nessa sentença judicial, a parte interessada poderá iniciar o processo arbitral em face da outra, para fins de discutir efetivamente o mérito do conflito de interesses.

Não se trata, propriamente, de um mecanismo muito eficiente, pois cria uma fase judicial pré-arbitral, razão pela qual se deve evitar a elaboração de contratos com cláusula compromissória vazia, preferindo-se a cláusula compromissória cheia (e é o que ocorre na prática). De todo modo, a solução evita a conversão da obrigação em perdas e danos e induz mais eficientemente os atores sociais a adotar o caminho da arbitragem que originalmente se obrigaram.

Além disso, a Lei de Arbitragem brasileira passou a dispensar a homologação judicial da sentença arbitral proferida no Brasil, outorgando todos os efeitos da sentença judicial à sentença arbitral doméstica, independentemente de qualquer confirmação ou reexame, ainda que meramente formal, do Poder Judiciário. Isso de fato foi um movimento muito importante, pois, no passado, era necessário requerer a homologação judicial da sentença arbitral doméstica para que ela passasse a produzir efeitos similares à sentença judicial, ou seja, havia uma fase judicial pós-arbitral. Nesta ocasião, evidentemente que a parte sucumbente inventava toda sorte de argumentos perante o Poder Judiciário para evitar a homologação da sentença arbitral, o que consu-

mia bastante tempo, em razão dos numerosos recursos previstos na lei e do sempre atual asobramento do Poder Judiciário.

A possibilidade de execução específica da cláusula compromissória vazia e a desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral proferida no Brasil foram as duas medidas mais relevantes adotadas pela lei nº 9.307/1996 para fins de tornar atraente a arbitragem como método de resolução de litígio. Inegavelmente, a iniciativa logrou êxito.

A constitucionalidade da lei

Não obstante seu inegável progresso em relação ao direito anterior, a Lei de Arbitragem brasileira enfrentou, logo nos primeiros anos de sua vigência, alguns desafios — dentre eles, a alegação de que alguns de seus dispositivos ofenderiam o inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República. O assunto chegou ao Supremo Tribunal Federal no âmbito do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7/ES (*MBV v. Resil*).

A constitucionalidade da lei nº 9.307/1996 foi debatida pelo Supremo de 1996 a 2001, quando o Plenário do Tribunal, pela maioria apertada de 7 a 4, decidiu que a Lei era constitucional.² A partir desse momento, a arbitragem passou a ser, de fato, uma alternativa relevante para reduzir os custos de transação relacionados à resolução de conflitos. O Supremo Tribunal Federal, portanto, teve participação importante e decisiva no desenvolvimento da arbitragem.

² Votaram pela constitucionalidade: ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Mauricio Corrêa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Carlos Velloso. Vencidos, votaram pela inconstitucionalidade: ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.

Incorporação da Convenção de Nova Iorque de 1958

Fixada a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, o ano de 2002 trouxe uma surpresa importante à arbitragem brasileira com a promulgação da Convenção de Nova Iorque. Não obstante datada de 10 de junho de 1958, a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras foi aprovada (Decreto Legislativo nº 52/2002) e promulgada (Decreto nº 4.311/2002) no Brasil apenas em 2002. Tratou-se de fato muito relevante para incluir o país no grupo de mais de 150 países que adotam uma política favorável à exequibilidade de convenções de arbitragem e à circulação de decisões arbitrais pelo mundo.

A Convenção de Nova Iorque de 1958 trata não apenas da homologação de sentença arbitral estrangeira, como também prevê regras sobre a exequibilidade da convenção de arbitragem, impondo que os Estados signatários respeitem, por meio de seu Poder Judiciário, convenções de arbitragem firmadas pelas partes. A promulgação da Convenção nova-iorquina mostrou que o Brasil é um local em que os investidores estrangeiros podem se sentir mais à vontade para aplicar seus recursos, pois poderão contar com um foro neutro — a arbitragem — para solucionar eventuais controvérsias com o parceiro local, foro este sujeito a regras internacionais amplamente testadas e aceitas, livres de interferências ou especificidades locais.

“A Lei de Arbitragem brasileira passou a dispensar a homologação judicial da sentença arbitral proferida no Brasil, outorgando todos os efeitos da sentença judicial à sentença arbitral doméstica”

PRESENTE

Papel do mercado

Promulgada a lei nº 9.307/1996, reconhecida a sua constitucionalidade em 2001 e internalizada a Convenção de Nova Iorque em 2002, cumpria ao mercado responder no sentido de adotar ou não a arbitragem como método de resolução de conflitos. As principais balizas legais já estavam, pois, fixadas, não obstante ainda houvesse carência de instituições arbitrais, árbitros, advogados especializados em arbitragem, produção acadêmica na área e decisões favoráveis dos Tribunais Superiores nas mais complexas questões do universo arbitral.

Na pesquisa “Arbitragem em Números e Valores” divulgada em 2016, Selma Ferreira Lemes observou que “os conflitos resolvidos com o uso da arbitragem cresceram 73% nos últimos seis anos”, sendo certo que “no período, os procedimentos solucionados extrajudicialmente somaram mais de R\$ 38 bilhões.”³ Neste período de 2010 a 2016, as seis principais câmaras de arbitragem brasileiras (CCBC, CIESP, Camarb, Amcham, FGV e CAM) administraram 1.043 processos arbitrais. Apenas para que se tenha uma ideia dessa evolução, vale registrar que, em 2005, os valores envolvidos não chegaram a R\$ 300 milhões e as principais instituições arbitrais administraram pouco mais do que 20 processos arbitrais.⁴

O crescimento não se deu apenas perante as câmaras de arbitragem brasileiras. Em 2012, o Brasil atingiu a quarta colocação em número de casos em curso perante a *International Chamber of Commerce (ICC)*, a

instituição de arbitragem mais conhecida no mundo, com sede em Paris, ficando atrás apenas de Estados Unidos, Alemanha e França.⁵ De lá para cá, o Brasil tem sempre estado entre os 10 países que mais levam casos à ICC. Partes e seus diretores jurídicos e advogados, portanto, não têm hesitado em depositar sua confiança na arbitragem como método eficiente de solução de conflitos, o que também continua sendo fundamental para o contínuo desenvolvimento do instituto no Brasil.

Papel da academia

O vetusto instituto da arbitragem, apresentado sob uma feição moderna, eficiente e elegante, obrigou a doutrina a assumir um papel de destaque, espalhando conhecimento e propondo soluções para uma jurisprudência ainda em formação.

Antes da promulgação da lei nº 9.307/1996, as atenções da academia não eram capturadas pelo instituto da arbitragem. Havia poucos livros, poucas coletâneas, nenhuma revista especializada, poucas teses de doutorado, poucas dissertações de mestrado, poucos trabalhos de conclusão de curso de graduação e poucos artigos de periódicos. Não havia cursos de especialização voltados ao tema, muito menos a disciplina “arbitragem” estava nas grades das pós-graduações e graduações das universidades brasileiras, públicas ou privadas. A participação de equipes brasileiras em competições internacionais simuladas de arbitragem — como, por exemplo, o *Vis Moot* de Viena — era inexistente.

Após a aprovação da lei, diversos livros e coletâneas foram lançados, centenas de estudantes escolheram a arbitragem para tratar em

3 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-15/solucoes-arbitragem-crescem-73-seis-anos-mostra-pesquisa>>. Acessado em: 19.02.2017>.

4 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-13/valores-envolvidos-arbitragem-crescem-185-acumulam-24-bilhoes>>. Acessado em: 19.02.2017>.

5 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/casos-arbitragem-brasil-crescem-47-quatro-anos-aponta-pesquisa>>. Acessado em: 19.02.2017>.

↑ 73%
conflitos resolvidos com
o uso de arbitragem (2010-2015)

> R\$38 bi
valor que somaram os procedimentos
solucionados extrajudicialmente
(2010-2015)

< R\$300 mi
valor que somaram os procedimentos
solucionados extrajudicialmente (2005)

1043
processos arbitrais administrados
pelas principais câmaras de
arbitragem do país (2010-2015)

> 20
processos arbitrais administrados
pelas principais câmaras de
arbitragem do país (2005)

suas teses, dissertações e trabalhos de conclusão de curso, foram lançadas a Revista de Arbitragem e Mediação (Thomson Reuters — RT), a Revista Brasileira de Arbitragem (Kluwer) e a Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial (Del Rey). A *GVLaw*, sob orientação de Selma Ferreira Lemes e Pedro A. Batista Martins, lançou o curso de especialização em arbitragem, o que depois foi seguido por outras instituições. Diversos estudantes brasileiros foram estudar arbitragem no exterior, com destaque para Estados Unidos, França e Inglaterra, trazendo de lá o que há de mais contemporâneo a respeito da matéria. O Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) e o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA) passaram a organizar relevantes congressos na área.

A arbitragem passou a figurar dentre as disciplinas optativas nas grades das universidades públicas e privadas, como ocorre, por exemplo, na Universidade de São Paulo, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. No que diz respeito ao *Vis Moot* de Viena, as universidades brasileiras já possuem marcante participação, não apenas no número de instituições nacionais participantes como também nos resultados obtidos, várias delas tendo ultrapassado a fase eliminatória, com destaque para o time da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, que ficou em terceiro lugar na competição em 2016, disputando posições contra mais de 300 instituições de todo o mundo, inclusive contra instituições norte-americanas, inglesas, canadenses e australianas (a língua oficial da competição é o inglês).

A relevância do Brasil na comunidade arbitral internacional é tal que a competição de Viena de 2017 — *Vis Moot* — adotará um caso regido pelo Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, importante instituição de arbitragem com sede no Brasil.



A academia brasileira, desta forma, tem tido também papel essencial no estudo e aprimoramento da arbitragem no Brasil.

Papel do Poder Judiciário

A arbitragem é um método heterocompositivo de solução de controvérsias, tal como o processo judicial. A partir disso, seria possível imaginar que ambos os métodos competiriam para saber qual deles seria contratualmente escolhido pelas partes para decidir determinado conflito. Poder-se-ia visualizar, com efeito, uma certa disputa de poder. Esse aspecto poderia influenciar na tomada de uma posição reticente do Poder Judiciário brasileiro em relação à arbitragem, a ser expressa em todas as oportunidades em que se fizesse necessária a cooperação judicial.

Salvo raríssimas exceções, todavia, a postura do Poder Judiciário brasileiro em relação à arbitragem foi exatamente a oposta, considerando o novo método de solução de conflitos não como um concorrente, mas sim com um verdadeiro parceiro na complexa tarefa de distribuir justiça, tal como idealizado pela Constituição da República.

A primeira e primordial manifestação do Poder Judiciário em tal sentido foi caracterizada pela decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou constitucional a Lei de Arbitragem. No plano infraconstitucional, deve-se destacar as corretas e avançadas decisões do Superior Tribunal de Justiça, dando exequibilidade às sentenças arbitrais estrangeiras, admitindo a arbitragem envolvendo entes públicos, caracterizando os contornos da sentença parcial na arbitragem, conferindo plena exequibilidade à cláusula compromissó-

ria cheia, privilegiando o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* etc.

O fato é que a jurisprudência estatal, em especial do Superior Tribunal de Justiça, também vem contribuindo muitíssimo para o progresso da arbitragem no Brasil.

Novo Código de Processo Civil

Em 2015, o Brasil promulgou um novo Código de Processo Civil, cujo anteprojeto resultou de Comissão de Juristas presidida pelo ministro Luiz Fux e relatada pela professora Teresa Arruda Alvim. O novo diploma processual estatal preferiu, corretamente, não tratar da arbitragem, preservando a Lei de Arbitragem brasileira. Não obstante, há circunstâncias em que a arbitragem exige o apoio do Poder Judiciário, como, por exemplo, na efetivação de medidas de urgência decretadas pelo árbitro, na condução coercitiva de testemunhas à audiência arbitral, na execução de sentença arbitral, na homologação de sentença arbitral estrangeira. Nesses casos, a questão é, em regra, regulada pelo Código de Processo Civil.

A regulamentação desses tópicos da arbitragem pelo diploma processual estatal poderia, num primeiro momento, causar preocupação. O novo Código, porém, foi preciso em respeitar todas as características da arbitragem, regulamentando corretamente esses temas em que há relação de complementariedade judicial-arbitral. Assim, o novo Código previu a preservação da confidencialidade estipulada pelas partes caso haja necessidade de auxílio do Poder Judiciário, criou um instrumento formal de comunicação entre árbitros e juízo estatal (a carta arbitral), previu o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão judicial que rejeita a alegação de existência de convenção de arbitragem, manteve um sistema de execução da sentença arbi-

tral semelhante àquele empregado na execução da sentença judicial e tratou da homologação de sentença arbitral estrangeira sem desprestigiar a Convenção de Nova Iorque de 1958.

Não obstante o novo Código de Processo Civil tenha sabido respeitar as características da arbitragem delineadas pela lei nº 9.307/1996, não se pode deixar de registrar criticamente que preferiu-se manter na contestação o momento para a alegação de existência da convenção de arbitragem. A estrutura legal adotada exige que o réu adiante toda a matéria de defesa na seara judicial em hipóteses nas quais o acolhimento da alegação de convenção de arbitragem delegará à arbitragem a jurisdição sobre a matéria conflituosa.

Mas não é só. As partes que eventualmente tenham convencionado a arbitragem como método de resolução de conflitos necessitam aguardar, para ver a preliminar conhecida, todo o desenrolar de uma longa fase judicial desnecessária, com a designação de audiência de conciliação/mediação, apresentação de contestação, apresentação de réplica e, finalmente, decisão a respeito da convenção de arbitragem. Defende-se, no âmbito acadêmico, que o réu possa alegar a existência da convenção de arbitragem previamente à contestação, no que se tem designado de “exceção de arbitragem”, à semelhança da “exceção de pré-executividade”.

Outro ponto crítico foi a fixação da carta rogatória como instrumento para internalização de decisões provisórias estrangeiras (ou seja, decisões diferentes de sentença, como, por exemplo, uma decisão que concede uma medida de urgência). O novo Código tratou dessas medidas indistintamente, sem separar aquelas advindas do Poder Judiciário de outros países daquelas advindas de arbitragens com sede fixada no exterior. No que tange à decisão judicial estrangeira, não há maiores problemas,

6º ano de 2015 foi marcado não apenas pela promulgação do novo Código de Processo Civil, mas também pela chamada Reforma da Lei de Arbitragem, corporificada na aprovação da lei nº 13.129/2015

mas, em relação à decisão arbitral estrangeira, a questão se complica, pois o árbitro não tem como expedir uma carta rogatória, já que ele não integra o Estado estrangeiro (a carta rogatória é um mecanismo de comunicação entre Estados soberanos, inaplicável à arbitragem, que é um mecanismo privado de solução de disputas). Academicamente, tem-se defendido a utilização da ação de homologação de sentença arbitral estrangeira ou a carta arbitral para requerer o reconhecimento dessas decisões arbitrais provisórias no Brasil.

Apesar desses dois pontos críticos, pode-se dizer que, como regra geral, o novo Código de Processo Civil estruturou corretamente os institutos processuais que representam uma conexão entre a arbitragem e o processo judicial, de modo que podemos considerá-lo também como um ponto positivo no avanço da arbitragem brasileira.

Reforma da Lei de Arbitragem

O ano de 2015 foi marcado não apenas pela promulgação do novo Código de Processo Civil, mas também pela chamada Reforma da Lei de Arbitragem, corporificada na aprovação da lei nº 13.129/2015, que alterou, pontualmente, alguns dispositivos da lei nº 9.307/1996. A modificação resultou de anteprojeto de lei elaborado pela Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal, sob a presidência do ministro Luis Felipe Salomão.⁶

6 A Comissão de Juristas, consoante os Atos do presidente do Senado Federal 36/2012, 37/2012, 08/2013, 16/2013 e a Portaria da Presidência 14/2013, foi composta pelos seguintes membros: ministro Luis Felipe Salomão (presidente), Marco Maciel, José Antonio Fichtner, Caio Cesar Rocha, José Rogério Cruz e Tucci, Marcelo Rossi Nobre, Francisco Antunes Maciel Mussnich, Tatiana Lacerda Prazeres, Adriana Braghetta, Carlos Alberto Carmona, Eleonora Coelho, Pedro Paulo Guerra de Medeiros, Sílvia Rodrigues Pereira Pachikowski, Francisco Maia Neto, Ellen Gracie Northfleet, André Chateaubriand Pereira Diniz Martins, José Roberto de Castro Neves, Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, Walton Alencar Rodrigues, Roberta Maria Rangel, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim e Adacir Reis.

FUTURO

Arbitragens envolvendo a Administração Pública e os grandes projetos de infraestrutura do país

O Superior Tribunal de Justiça já havia expressamente reconhecido a possibilidade de sociedades de economia mista — Administração Pública Indireta — participarem de arbitragens relacionadas a interesses públicos secundários. Vários diplomas legislativos já admitiam, setorialmente, a utilização da arbitragem na área pública, como a Lei de Concessões, a Lei de Parcerias Público-Privadas, a Lei dos Portos etc.

Apesar disso, discussões severas eram travadas entre entidades públicas e o Tribunal de Contas da União, sustentando, este último, que não havia autorização legislativa expressa para a utilização, na Administração Pública, da arbitragem como meio de resolução de litígios. Tal impasse causava insegurança jurídica nas relações entre particulares e entes públicos que eventualmente estivessem interessados em celebrar convenções de arbitragem.

A Reforma da Lei de Arbitragem pôs fim a esse problema prevendo, explicitamente, por meio de norma geral, com eficácia ampla no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, no § 1º do art. 1º da lei nº 9.307/1996, que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. A norma geral veio somar às outras já existentes, estabelecendo, por meio de uma cláusula geral, a possibilidade de submissão de entes públicos à arbitragem. A Reforma da Lei de Arbitragem, pois, andou muito bem nesse ponto.

Na tendência de retomar o crescimento econômico do país, o governo lançou o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) (lei nº

A Reforma, não obstante pontual, consolidou os avanços já presentes na jurisprudência e na doutrina brasileira, bem como trouxe importantes inovações. A Reforma previu a possibilidade de arbitragem envolvendo entes públicos, aumentou a liberdade das partes na escolha de árbitros em arbitragem institucional, previu a interrupção da prescrição na arbitragem, regulamentou as medidas provisórias de urgência proferidas antes e durante a arbitragem, previu a carta arbitral (à semelhança do novo Código de Processo Civil), reconheceu a possibilidade de prolação da sentença arbitral parcial, reconheceu a possibilidade de as partes alterarem consensualmente o prazo para apresentação e decisão do pedido de esclarecimentos, aperfeiçoou as hipóteses de anulação da sentença arbitral doméstica, eliminou a suspensão legal da arbitragem em razão do surgimento de questão prejudicial de direito indisponível e regulamentou a inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das sociedades por ações.

A Reforma da Lei de Arbitragem não foi, porém, completa, porque a Presidência da República houve por bem vetar dois dispositivos bastante relevantes: um deles tratava do aperfeiçoamento da arbitragem envolvendo relações de consumo e o outro o reconhecimento da possibilidade de submissão à arbitragem de dissídio individual laboral envolvendo empregados de altos cargos. Sob a justificativa de proteger o consumidor e o empregado, os vetos deixaram de permitir uma melhor regulamentação da matéria no primeiro caso e restringiram, na segunda hipótese, a liberdade de empregados de cargos de direção optarem pela via arbitral. Dois evidentes equívocos.

O saldo, todavia, foi bastante positivo, e a Reforma da Lei de Arbitragem está, realmente, contribuindo e irá contribuir ainda mais para o desenvolvimento da arbitragem no país.

13.334/2016 e Medida Provisória nº 752/2016), cujo objetivo é a realização de negócios entre o Estado e a iniciativa privada, por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos de infraestrutura. Dentre outras disposições, o art. 25 da Medida Provisória nº 752/2016, editada com o intuito de regulamentar a lei nº 13.334/2016, prevê que “as controvérsias surgidas em decorrência dos contratos de parceria nos setores de que trata esta Medida Provisória após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas à arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias”.

O que nos parece, pois, é que há uma forte tendência de submissão de conflitos envolvendo entes públicos à arbitragem, especialmente neste momento, em que o país necessita de investimentos privados em obras de infraestrutura para garantir empregos e desatar os nós da logística brasileira, de modo que um prognóstico que se pode fazer do futuro é que a arbitragem envolvendo contratos administrativos crescerá acentuadamente, demandando dos árbitros escolhidos conhecimento de Direito Público, em especial de Direito Administrativo.

Aumento das áreas de arbitrabilidade objetiva

Em outros países com uma tradição mais sólida em arbitragem, diversos ramos não estritamente comerciais têm sido debatidos na arbitragem. Os exemplos mais frequentes são

o Direito da Concorrência, o Direito da Propriedade Intelectual, o Direito Tributário, o Direito Coletivo e o enfrentamento de denúncias de corrupção no contrato-base objeto da arbitragem, o que traz para esta o estudo das consequências civis do Direito Penal. A submissão desses temas não estritamente comerciais à arbitragem é uma tendência que o Brasil experimentará nos próximos anos, marcando a evolução do instituto no país.

A ampliação, pois, da arbitrabilidade objetiva é uma tendência bastante evidente no futuro da arbitragem no Brasil.

CONCLUSÃO

Neste breve texto, em referência aos 20 anos da Lei de Arbitragem brasileira, procurou-se apontar a situação da arbitragem brasileira previamente à promulgação da lei nº 9.307/1996, registrar os principais acontecimentos no âmbito legal que facilitaram o desenvolvimento do instituto, bem como prognosticar algumas tendências futuras. Espera-se, com isso, incentivar saudável debate e contribuir para o estudo e desenvolvimento da arbitragem no país. ●

ARBITRAGEM E AUTONOMIA PRIVADA: DESAFIOS NA DELIMITAÇÃO DO CONSENTIMENTO

A reflexão sobre o que configura o consentimento necessário para que conflitos decorrentes de contratos possam ser submetidos à arbitragem, vinculando-os, portanto, à chamada convenção de arbitragem, é o ponto de partida do debate apresentado por Gustavo Tepedino e Francisco de Assis Viégas. No artigo, são discutidas a eficácia da convenção de arbitragem e as suas abrangências subjetivas vertical e horizontal. Enquanto a extensão subjetiva vertical da convenção de arbitragem diz respeito a acordos envolvendo acionistas de companhias com cadeias societárias de controle, a horizontal relaciona-se às partes envolvidas, direta ou indiretamente, na negociação de um contrato.

GUSTAVO TEPEDINO

Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Doutor em direito civil pela Universidade de Camerino, na Itália. Professor titular e ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Sócio-fundador do escritório Gustavo Tepedino Advogados.

FRANCISCO DE ASSIS VIÉGAS

Advogado

Mestrando em direito civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, onde se formou em direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil.

O ITINERÁRIO DA ARBITRAGEM NA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA

Como se sabe, a arbitragem encontra-se visceralmente ligada à autonomia privada, constituindo-se, por isso mesmo, em verdadeiro exercício cultural para o aperfeiçoamento da vida associativa, na formulação do livre consenso e no respeito à sua eficácia. Justificam-se, assim, em certa medida, as desconfianças e hesitações em relação à sua afirmação como mecanismo de solução de conflitos, especialmente em sociedades como a brasileira, sem tradição associacionista e em que a autonomia privada não se encontra suficientemente reconhecida como expressão dos princípios da igualdade e da liberdade.

Mostra-se eloquente, sob esse prisma, que a constitucionalidade da Lei de Arbitragem (lei nº 9.307, de 23/9/1996) tenha sido desafiada em longo e conhecido processo concluído somente no final de 2004 pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, quando foram afastadas, finalmente, as suspeitas de inconstitucionalidade. No julgado, discutiram-se a possibilidade e os limites da renúncia à jurisdição estatal — cujo acesso é garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República — por meio de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, e a consequente atribuição de poderes a árbitros privados para a solução dos conflitos.¹

Dentre os fundamentos — por vezes velados e não explícitos — refratários à arbitragem como procedimento alternativo à prestação jurisdicional, destaca-se o receio de que o crescimento da arbitragem decorresse de perspectiva ideológica neoliberal, a retirar do Estado função que lhe é essencial. Tal raciocínio se robustece na experiência brasileira em que, por uma pluralidade de razões históricas, associam-se, na percepção popular, o progresso social e as ideologias progressistas à maciça intervenção estatal, atribuindo-se somente ao Estado, não à totalidade dos agentes econômicos privados, o dever de neutralizar a desigualdade social e promover as liberdades fundamentais.

Contudo, com o desenvolvimento da sociedade e do exercício da cidadania, assiste-se à explosão reivindicatória em todo o mundo ocidental, a ponto de se designar o tempo presente como a ‘era do *direito a ter direitos*’.² Nesse cenário de exercício de direitos, torna-se fundamental retirar do Estado a exclusividade na prestação jurisdicional, prestigiando-se formas alternativas de solução de conflitos que deem conta de dirimir o exponencial crescimento dos litígios.

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015 confirma a tendência, incentivando os

declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF” (STF, Pleno, AgRg na SE 5.206/EP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 12.12.2001).

2 RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma—Bari: Laterza, 2012, *passim*.

meios alternativos de solução de conflitos. Com efeito, embora a arbitragem venha disciplinada na lei nº 9.307/1996, o CPC gera impactos relevantes que podem contribuir para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil. Ilustrativamente, o art. 189, IV, do CPC prevê o segredo de justiça em todos os procedimentos judiciais relacionados à arbitragem, inclusive no cumprimento forçado de sentença arbitral, desde que tenha sido estipulada a confidencialidade no procedimento arbitral. Estatui-se, ainda, a disciplina da carta arbitral (art. 237, IV), possibilitando que órgão do Poder Judiciário pratique ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado pelos árbitros, como a condução coercitiva de testemunhas ou a busca e apreensão de documentos (art. 237, IV). Outro exemplo consiste na previsão do art. 485, VII, segundo o qual o processo judicial deve ser extinto não apenas na hipótese de reconhecimento da convenção de arbitragem alegada pelo réu, mas também na hipótese em que o juízo arbitral já reconheceu sua competência.

Nessa dimensão, precisamente, situa-se a necessidade de profunda alteração cultural para a inserção da arbitragem no cotidiano da prática jurídica, sendo certo que a formação livre e consensual da convenção de arbitragem representa a melhor garantia da eficácia da sentença arbitral, apta a atender à finalidade econômica e social de solucionar conflitos com otimização de tempo e re-

ursos.³ Voltam-se as atenções, portanto, à análise do que configuraria o consentimento imprescindível à vinculação à convenção de arbitragem. Essa questão desperta intenso debate, tendo-se observado que mais de um terço de todos os casos de arbitragem internacional nos últimos anos compreende problemas relacionados a partes não signatárias, grupos de companhias e grupos de contratos.⁴ No ordenamento jurídico brasileiro, a boa-fé objetiva surge como elemento de grande importância na interpretação das relações contratuais, sendo, por vezes, decisiva na delimitação do consentimento das partes em relação à convenção de arbitragem.

A EFICÁCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E O INTENSO PAPEL DA BOA-FÉ OBJETIVA

Ao se consolidar a arbitragem, no final do século XX, como mecanismo ordinário e

3 Trata-se de reação à tendência, percebida a partir da década de 1970, de jurisdicionalização de conflitos, incrementando-se enormemente o número de demandas levadas ao Judiciário. No Brasil, verifica-se o recrudescimento desse fenômeno especialmente a partir dos anos 1990, com a promulgação de normas que, seguindo a diretriz traçada pela Constituição da República, ampliavam o acesso à Justiça como expressão do exercício da cidadania. Bastaria pensar no impacto do Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90) na atividade jurisdicional. Nos dias de hoje, ao contrário, ocorreria processo inverso: primeiro busca-se a solução extrajudicial do conflito e, em último caso, recorre-se ao Judiciário. Trata-se de processo similar ao que ocorre no âmbito da atividade contratual, em que se procura autorizar a atuação privada para desconstituir relações jurídicas sem a tutela jurisdicional, como na hipótese de previsão de cláusulas resolutivas expressas.

4 HANOTIAU, Bernard. Non-signatories, Groups of Companies and Groups of Contracts in Selected Asian Countries: A Case Law Analysis. *Journal of International Arbitration*, 2015, vol. 32, n. 6, p. 571.

1 Em tal julgamento, o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou constitucional a renúncia à jurisdição estatal, desde que limitada às matérias atinentes a direitos patrimoniais disponíveis, como determina a lei nº 9.307/96, em seu art. 1º. Assim decidiu o STF: “Constitucionalidade

Entende-se por cláusula compromissória o dispositivo contratual em que as partes se comprometem a submeter futuro e eventual litígio a um Tribunal Arbitral, renunciando, portanto, ao recurso ao Poder Judiciário

fundamental para o pleno desenvolvimento do comércio internacional e da economia,⁵ pacificou-se concomitantemente a compreensão de que a submissão ao processo arbitral deveria ter por base a expressa, livre e imaculada manifestação de vontade dos contratantes.⁶ O Superior Tribunal de Justiça (STJ), nessa direção, considera como “princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico” a exigência de “aceitação expressa das partes para submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados à arbitragem”.⁷ Em recente julgado sobre o tema, o STJ se posicionou no sentido de que “a manifestação de vontade das partes contratantes, destinada especificamente a anuir com a convenção de arbitragem, pode se dar, de igual modo, de inúmeras formas, e não apenas por meio da aposição das assinaturas das partes no documento em que insere”. Nessa linha de raciocínio, concluiu a Corte ser “absolutamente possível”, examinando-se o contexto das negociações entabuladas entre as partes, “aferir se elas, efetivamente, assentiram com a convenção de arbitragem”.⁸

No panorama brasileiro, controvérsias surgem já na compreensão do sentido e do alcance da convenção de arbitragem. O art. 3º da lei nº 9.307/96 faz referência, especificamente, à convenção de arbitragem como

5 A constatação é de LYNCH, Katherine. *The Forces of Economic Globalization: Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003, p. 1.

6 Em doutrina, não são poucas as manifestações que reverenciam o consensualismo na formação do procedimento arbitral. Confira-se, a título exemplificativo: “Funda-se o instituto da arbitragem na autonomia da vontade ou na autonomia privada, que constitui, no plano dos direitos subjetivos, o poder de autorregulamentação ou autodisciplina dos interesses patrimoniais” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 302). Ainda sobre o tema, v. HANOTIAU, Bernard. *Groupes de sociétés et groupes de contrats dans l'arbitrage commercial international*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 12, 2007, p. 116.

7 STJ, Corte Especial, SEC 967/GB, Rel. Min. José Delgado, julg. 15.2.2006. A Corte também já destacou que a manifestação de vontade quanto à convenção de arbitragem vincula as partes “desde que haja anuência expressa e específica em relação à cláusula compromissória” (STJ, Corte Especial, SEC 978/GB, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julg. 17.12.2008).

8 STJ, 3ª T., REsp 1.569.422/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 26.4.2016.

gênero no qual se enquadram tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral.⁹ Entende-se por cláusula compromissória o dispositivo contratual em que as partes se comprometem a submeter futuro e eventual litígio a um Tribunal Arbitral, renunciando, portanto, ao recurso ao Poder Judiciário; possui absoluta capacidade vinculativa e, por isso mesmo, já tendo sido aposta ao contrato, dispensa-se o compromisso arbitral. Este, por sua vez, consubstancia-se em negócio jurídico que, embora tenha o mesmo escopo da cláusula compromissória, qual seja, o de atribuir o julgamento da causa a Tribunal Arbitral, é concluído após o surgimento do litígio.¹⁰

Alguns regulamentos preveem como etapa obrigatória o compromisso arbitral. Disso resulta uma situação nem sempre bem compreendida, como se fosse criado outro elemento ou requisito para a instauração efetiva do procedimento arbitral, a desafiar a plena eficácia da cláusula compromissória anteriormente pactuada. De todo modo, obteve-se razoável consenso entre os especialistas, no sentido de que contrato com cláusula compromissória dispensa compromisso arbitral, proclamando-se, assim, a plena eficácia jurídica da convenção de arbitragem.¹¹

9 “Art. 3º. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”. O CPC/2015, atendendo à questão, menciona a “convenção de arbitragem” nos seguintes arts.: 260, § 3º; 337, X, e §§ 5º e 6º; 485, VII; 1.015, III. Como se percebe da exposição de motivos, o legislador optou de forma consciente pela nomenclatura: “Nos momentos adequados, utilizou-se a expressão convenção de arbitragem, que abrange a cláusula arbitral e o compromisso arbitral, imprimindo-se, assim, o mesmo regime jurídico a ambos os fenômenos” (Exposição de motivos, p. 32. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso: 3.2.2017).

10 Sobre a distinção, ver, na doutrina: PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 486. Na jurisprudência, v., ilustrativamente, STJ, Corte Especial, SEC 1.210/GB, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 26.6.2007.

11 Nessa direção, ver: WALD, Arnoldo. Os meios judiciais do controle da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 1. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2004; ARAÚJO, Nadia de. SOUZA JR., Lauro da Gama e. Arbitragem internacional nos contextos interamericanos e brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 0, 2003; CARMONA,

Por outro lado, discute-se a fronteira entre o que se convencionou chamar de cláusula compromissória cheia e cláusula compromissória vazia. Esta última não conteria todos os elementos necessários para assegurar a sua eficácia,¹² carecendo de aspectos fundamentais, como a forma de instituir a arbitragem ou a adoção de regulamento de entidade especializada que permitisse a deflagração do procedimento. Na cláusula compromissória cheia, por outro lado, estariam convencionados os parâmetros para a nomeação dos árbitros ou a adoção de regras institucionais, prescindindo de complementação por meio de compromisso arbitral.¹³ Nesse contexto, assume especial relevância o princípio da boa-fé objetiva, a guiar o intérprete na análise da vinculação das partes à cláusula compromissória.

Dito diversamente, deverá o intérprete avaliar, à luz da cláusula geral da boa-fé objetiva e das circunstâncias do caso concreto, em que medida as partes efetivamente obtiveram o consenso mínimo indispensável à submissão do litígio à arbitragem. A boa-fé, evidentemente, não poderá gerar a obrigatoriedade da cláusula compromissória pelo simples fato de esta ter sido assinada, a impor a sua execução específica independentemente da presença dos elementos do negócio que, sob a perspectiva do interesse das partes, mostram-se essenciais e que, por vezes, não se tornaram objeto de consenso.¹⁴

Carlos Alberto. O processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 1, 2004; BONILHA, Márcio Martins. Do efeito vinculante da cláusula arbitral. *Revista de Mediação e Arbitragem*, n. 3, 2004; NUNES PINTO, José Emilio. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 4, 2005.

12 BRAGHETTA, Adriana. Cláusula compromissória: autossuficiência da cláusula cheia. In: *Doutrinas Essenciais: Arbitragem e Mediação*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 33–42.

13 STJ, 3ª T., REsp 1.389.763/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 12.11.2013.

14 Como observa José Emilio Nunes Pinto, “a simples existência da cláusula compromissória não é suficiente para que se institua o procedimento arbitral, sendo então necessário que se recorra ao compromisso para que se assegure a regularidade do procedimento e se proteja a sentença arbitral livre de quaisquer vícios que poderiam, se

ABRANGÊNCIA SUBJETIVA VERTICAL DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Não obstante a essencialidade do consenso para a instituição da arbitragem, vive-se, em especial na experiência das Cortes Arbitrais europeias, franco alargamento do conceito de *partes* da arbitragem,¹⁵ suscitando aparente paradoxo. Por um lado, tem-se afirmado a necessidade de superação de teorias formalistas, que atribuem interpretação restritiva do compromisso arbitral, em desprezo à complexidade das relações comerciais na contemporaneidade; por outro, advoga-se o indispensável consentimento para a instauração do processo arbitral. Daqui exsurge a necessidade de investigação dos limites subjetivos de abrangência vertical e horizontal da convenção de arbitragem. Por abrangência subjetiva vertical entendem-se hipóteses como a do acordo de acionistas em companhia inserida em cadeia societária de controle. A matéria tem sido objeto de amplo exame na jurisprudência da Câmara de Comércio Internacional (CCI), como adiante se minudenciará.

Não raro, a violação ao acordo de acionistas de determinada companhia coligada ou subsidiária — inserida em cadeia societária na qual há várias coligadas ou subsidiárias — gera desrespeito a acordos de acionistas das companhias presentes nos níveis societários

assim não fosse, dar lugar a causas de anulação futura” (NUNES PINTO, José Emilio. Contrato de adesão. Cláusula compromissória. Aplicação do princípio da boa-fé. A convenção arbitral como elemento de equação econômico-financeira do contrato. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 10, 2006, pp. 234—242).

15 Conforme observa Bernard Hanotiau, desvincula-se o conceito de parte daquele de signatários da cláusula arbitral. Em livre tradução: “Deve ser inicialmente destacado que em uma situação multipartes, as partes nos procedimentos arbitrais não serão necessariamente todas as partes vinculadas à cláusula arbitral; e, ao reverso, poderá haver partes nos procedimentos arbitrais que não eram partes na cláusula arbitral ou ao menos não eram signatárias do contrato em que a cláusula estava incluída” (HANOTIAU, Bernard. Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues — An Analysis. In: *Journal of International Arbitration*, vol. 18, n. 3, 2001, p. 25; p. 395).

superiores. Tais acordos, embora celebrados com sociedades juridicamente distintas, preveem direitos e deveres que transcendem o âmbito da companhia específica para abranger todas as sociedades subsidiárias. Nessa hipótese, discute-se como o acionista prejudicado no acordo de acionistas de companhia subsidiária ou coligada pode, em via arbitral — já que no acordo de acionistas consta previsão de compromisso arbitral —, ressarcir-se ou pedir as providências necessárias a recompor a vontade do acordo originário. Note-se que, em cada acordo de acionistas, há cláusula compromissória autônoma, de modo que, supondo-se haver previsão de indicação de árbitro por ambas as partes em litígio, cada companhia da cadeia societária deveria indicar um membro do Painel Arbitral e discutir as questões específicas no âmbito de cada acordo, o que tornaria inviável, na prática, a discussão, com risco de decisões díspares, em violação aos princípios da eficiência e da utilidade da arbitragem.

Nesses casos, em que várias sociedades se encontram sob controle comum, vislumbrando-se entre as diversas pessoas jurídicas unidade de orientação econômica, a jurisprudência da CCI considera como um único *Respondent* (Requerido) as sociedades controladas e controladora, a elas dispensando tratamento jurídico unitário.¹⁶ Vale dizer: verifica-se a *unidade de interesses ou de posição jurídica* entre a companhia-mãe e suas coligadas ou subsidiárias, de modo

16 Essa é a conclusão a que Yves Derains e Eric A. Schwartz chegam ao analisar a jurisprudência da Câmara de Comércio Internacional. Em livre tradução: “(...) há muitos casos com múltiplas partes que não são necessariamente arbitragens multipartes, e.g., nas hipóteses em que múltiplos *Respondents* se encontram sob controle comum ou possuem interesses idênticos no resultado da arbitragem. Nessa hipótese, os múltiplos entes envolvidos poderão ser mais propriamente vistos como integrantes, na realidade, de um único *Respondent*, e não haveria, a princípio, razão legítima pela qual não se deveria esperar que normalmente concordassem em relação a um árbitro” (DERAINS, Yves; SCHWARTZ, Eric A. A Guide to the New ICC Rules of Arbitration. *Haia Kluwer Law International*, 1998, p. 172).

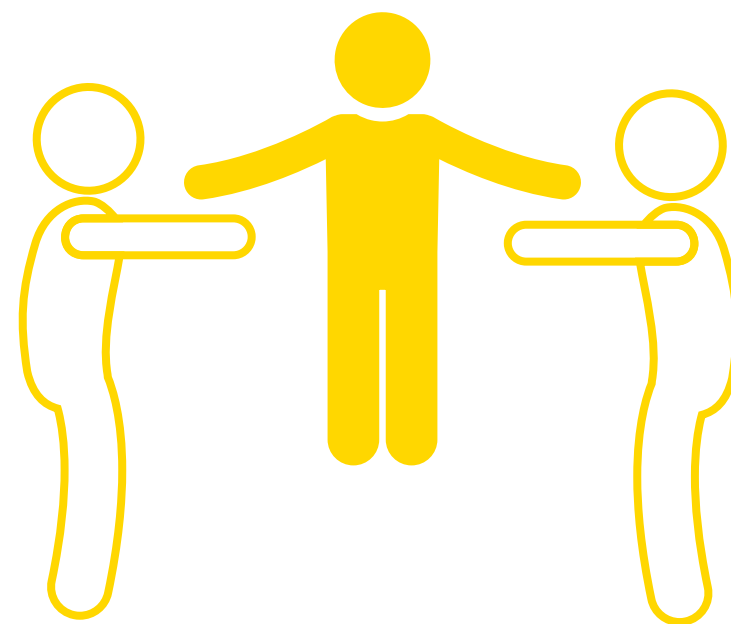
que o grupo de sociedades adquiere relevância jurídica, impondo que sejam contempladas em sua unidade, embora cada sociedade conserve personalidade jurídica autônoma. Desse modo, admite-se que se discuta, na arbitragem instaurada para analisar o acordo de acionistas vigente em nível societário inferior, todos aqueles desdobramentos e descumprimentos em cadeia, a exemplo da eleição de nova diretoria para determinada companhia subsidiária, em violação aos direitos de um acionista de indicar parte do Conselho de Administração, a qual implica concomitante violação aos acordos de acionistas das companhias presentes nos níveis societários superiores. No intuito de se dar utilidade à arbitragem em hipóteses em que há grupos econômicos, muitas vezes se reduz a discussão ao acordo de acionistas da companhia subsidiária ou coligada, tendo-se o

grupo econômico como um todo submetido à mesma disciplina.¹⁷

Nessa esteira, estendeu-se a sociedades não signatárias, de forma pioneira, na sentença do *ICC Case* nº 1434, cláusula compromissória convencionada por outro componente do grupo.¹⁸ O contrato analisado pela CCI opunha B à sociedade A, integrante de um grupo. Ao longo de todas as etapas da contratação, o grupo A apresentou-se como verdadeira unidade econômica, razão pela qual não interessava a B conhecer as vicissitudes do grupo com o qual contratava. O Tribunal afirmou que o consentimento das demais sociedades restava implícito e se indicava pela

17 Nessa perspectiva, remete-se, ilustrativamente, aos seguintes precedentes da CCI: *ICC Case* nº 1434 (CRAIG, W. Laurence; PARK, William W.; PAULSSON, Jan. *International Chamber of Commerce Arbitration*. New York: Oceana Publications, 2000, p. 78); *ICC Case* nº 5103 (JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves; ARNALDEZ, Jean-Jacques. *Collection of ICC Arbitral Awards*, vol. II. London: Kluwer Law International, pp. 366—367). Ver ainda: HANOTIAU, Bernard. Non-signatories, Groups of Companies and Groups of Contracts in Selected Asian Countries: A Case Law Analysis. *Journal of International Arbitration*, 2015, vol. 32, n. 6, p. 572.

18 CRAIG, W. Laurence; PARK, William W.; PAULSSON, Jan. *International Chamber of Commerce Arbitration*, cit., p. 78.



“O TRIBUNAL [ARBITRAL] DEVE EXTRAIR DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA NEGOCIAÇÃO A MANIFESTAÇÃO DO CONSENTIMENTO, AINDA QUE NÃO EXPRESSO, DE QUEM SE PRETENDA VINCULAR À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, PARTINDO-SE DA PREMISSE DE QUE NÃO SE AFIGURA POSSÍVEL TORNAR-SE PARTE DE PROCEDIMENTO ARBITRAL SEM COM ELE CONSENTIR.”

própria intenção das partes contratantes, traduzida na participação, constante e informal, do presidente do grupo nas negociações.¹⁹

A título de ilustração, é pertinente lembrar que a busca pela intenção comum das partes também orientou o Tribunal na sentença do caso *Dow Chemical (ICC Case nº 4131)*, provavelmente o mais conhecido exemplo de extensão de cláusula compromissória com base na teoria do grupo de sociedades. Na hipótese, *Dow Chemical AG*, subsidiária de *Dow Chemical Company*, assumiu obrigação de fornecer equipamentos de isolamento térmico à contraparte. Nos diversos acordos celebrados, que continham cláusulas arbitrais, convencionou-se que qualquer das subsidiárias da *Dow Chemical Company*, dentre as quais a *Dow Chemical France*, poderia efetuar a entrega dos equipamentos. Instaurado o procedimento arbitral em face de todas as

companhias citadas, *Dow Chemical Company* e *Dow Chemical France* opuseram-se à competência do tribunal, alegando não serem partes do contrato em que se previa a cláusula compromissória. O Tribunal, instado a decidir sobre a submissão de tais companhias ao procedimento arbitral, entendeu que o fato de não serem signatárias da cláusula não tinha o condão de afastar a competência do Tribunal, vez que a intenção comum das partes se dirigia ao envolvimento na avença de todos os membros do grupo envolvidos no processo de distribuição na França.²⁰

Na busca pela determinação da vontade das partes, não apenas o comportamento se afigura indicativo da concordância com o procedimento arbitral, mas alguns Tribunais consideram, por vezes, que a existência de grupo de sociedades gera presunção de consentimento. Embora não se trate de presunção absoluta, mas de indício de submissão ao

procedimento arbitral, que pode ser afastado por outras circunstâncias, a orientação parece pouco prudente, por desconsiderar a autonomia que, em princípio, deve reger a orientação de cada sociedade na assinatura do compromisso arbitral. Nessa perspectiva, a temperar a extensão da cláusula compromissória com base na teoria do grupo, algumas decisões atentam para a necessidade de se observarem outros elementos além da mera existência do grupo, conforme muito bem exposto na sentença arbitral do *ICC Case nº 6519*.²¹ Conforme advertido em doutrina, o Tribunal deve extrair das circunstâncias da negociação a manifestação do consentimento, ainda que não expresso, de quem se pretenda vincular à cláusula compromissória, partindo-se da premissa de que não se afigura possível tornar-se parte de procedimento arbitral sem com ele consentir.²²

ABRANGÊNCIA SUBJETIVA HORIZONTAL DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Outra ordem de controvérsia associa-se à abrangência subjetiva horizontal, vale dizer, a extensão da cláusula compromissória entre partes que participaram, direta ou indiretamente, da negociação do contrato, ainda que não o tenham firmado, ou que nele não constem como partes contratantes. Nessa trilha, mostra-se relevante o *ICC Case nº 6769*. Na hipótese, discutiu-se a relação contratual entre X e Y, em que X necessitava de prestação de Z (entrega de determinadas mercadorias, cujas características se encontravam descritas

em documento anexo ao contrato) para cumprir sua obrigação. Apesar de a assinatura de Z constar do documento anexo ao contrato, compreendeu-se que a manifestação de Z nas discussões entre as partes limitou-se a esclarecer questões técnicas sobre suas prestações e que seu comportamento quando da conclusão e execução do contrato não se mostrou suficiente para concluir que intencionava submeter-se à cláusula compromissória. Enalteceu-se, no caso, a importância da manifestação de vontade dirigida especificamente ao compromisso arbitral para a sua extensão.²³

No *ICC Case nº 17669*, por sua vez, analisou-se contrato de concessão em que dois dos requeridos (A e B), embora não signatários, figuravam como beneficiários do contrato. O requerido A, inclusive, era mencionado no contrato como beneficiário de uma quota dos ganhos do requerente, e o requerido B, ainda que não mencionado como beneficiário, havia sido o contratante original na concessão, tendo recebido parte dos ganhos durante muitos anos. O Tribunal Arbitral considerou que ambos os requeridos não signatários estariam vinculados à convenção de arbitragem, tanto por figurarem como terceiros beneficiários²⁴ quanto por terem atuado diretamente no âmbito da relação contratual, cobrando e recebendo pagamentos.²⁵ Destaca-se, sobretudo, a conclusão de que a afe-

19 JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves; ARNALDEZ, Jean-Jacques. *Collection of ICC Arbitral Awards*, vol. I. Deventer: Kluwer Law and Taxation, p. 264. Na mesma direção, ver: *ICC Case nº 2375* (JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves; ARNALDEZ, Jean-Jacques. *Collection of ICC Arbitral Awards*, vol. I, cit., p. 261).

20 JARVIN, Sigvard; DERAIS, Yves; ARNALDEZ, Jean-Jacques. *Collection of ICC Arbitral Awards*, vol. I, cit., p. 150.

21 ARNALDEZ, Jean-Jacques; DERAIS, Yves; HASCHER, Dominique. *Collection of ICC Arbitral Awards*, vol. III. London: Kluwer Law International, 1998, p. 424.

22 HANOTIAU, Bernard. Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues — An Analysis, cit., p. 8.

23 Vale conferir a decisão: “a vontade das partes cumpre papel determinante na jurisprudência francesa, a permitir a extensão de uma cláusula arbitral a uma parte que não a assinou. Com efeito, tal jurisprudência, desenvolvida no âmbito dos grupos de sociedades, se baseia na intenção presumida das partes. O papel das partes na conclusão e na execução do contrato, bem como a existência subjacente de um grupo de sociedades são os elementos constitutivos da presunção” (ARNALDEZ, Jean-Jacques; DERAIS, Yves; HASCHER, Dominique. *Collection of ICC Arbitral Awards*, vol. III, cit., p. 458). Alude-se à intenção das partes ainda uma vez no *ICC Case nº 6610* (ARNALDEZ, Jean-Jacques; DERAIS, Yves; HASCHER, Dominique. *Collection of ICC Arbitral Awards*, vol. III, cit., p. 279).

24 Conforme consta da sentença arbitral: “é amplamente reconhecido na prática arbitral que terceiros beneficiários estão vinculados por cláusula arbitral válida, salvo previsão contratual em contrário”.

25 Para o Tribunal, “o segundo e o terceiro *respondents* haviam consentido com os termos do contrato de concessão ao receberem pagamentos a ele relacionados e requererem ativamente tais pagamentos”.

rição quanto à participação do terceiro no contrato de concessão e, conseqüentemente, sua vinculação à convenção de arbitragem associam-se à interpretação do contrato “*as well as the circumstances of how the Concession Agreement were handled in practice*”.²⁶

Ainda no âmbito da extensão subjetiva horizontal, encontra-se a resistência de sócios minoritários ao compromisso arbitral assumido por deliberação da Assembleia, com base no princípio majoritário, que rege as sociedades anônimas.²⁷

NOTAS CONCLUSIVAS

A reflexão acerca da tensão entre arbitragem e a autonomia privada revela-se tormentosa, já que a jurisdição privada se encontra visceralmente ligada ao livre consentimento, embora a interpretação da vontade não possa ser formalista, sob pena de sacrificar a manifestação voli-

tiva tal qual declarada e percebida — mediante expectativas criadas pelo comportamento dos agentes — nas relações contratuais. Nessa esteira, avulta a importância da boa-fé objetiva na delimitação do consentimento, desde a celebração de convenções de arbitragem até a definição da arbitrabilidade entre pessoas ou empresas de um mesmo grupo econômico (arbitrabilidade vertical) ou que participaram das negociações atinentes à celebração do contrato submetido a juízo arbitral (arbitrabilidade horizontal).

Sob esse prisma, viu-se que a previsão de forma escrita para a convenção arbitral não constitui óbice absoluto à sua extensão a partes não signatárias, desde que se possa extrair das tratativas e negociações que antecederam ou presidiram a celebração do contrato, à luz do princípio da boa-fé objetiva, o livre consentimento para a instauração do procedimento arbitral. A conclusão não se mostra incompatível com a interpretação teleológica da Lei de Arbitragem, já que a extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias se justifica somente quando demonstrada, tácita ou implicitamente, a vontade de levar ao Tribunal Arbitral os futuros conflitos de interesses. ●

26 Em livre tradução: “e também às circunstâncias de como o Contrato de Concessão foi tratado na prática.” *ICC Case* n° 17669, 2012, Interim Award, p. 262. V., na mesma direção, ver: *ICC Case* n° 17176, 2012, Final Award, pp. 108—109.

27 Sobre o tema, v. BATISTA MARTINS, Pedro A. Arbitragem no direito societário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 39, 2013, pp. 55—64. Quanto à progressiva ampliação das matérias sujeitas à arbitrabilidade na experiência brasileira (abrangência objetiva), ver: ROQUE, André Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 33, 2012, pp. 301—337.

OS *DISPUTE* *BOARDS* EM CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO E GRANDES PROJETOS DE INFRAESTRUTURA

Júlio Bueno e Augusto Figueiredo traçam um panorama sobre a utilização dos *Dispute Boards*, ou Comitês de Resolução de Disputas, para a prevenção e a solução de conflitos envolvendo, principalmente, contratos de construção e grandes projetos de infraestrutura. Neste artigo, os autores abordam a origem internacional do método e o seu desenvolvimento no Brasil e no exterior. Também apresentam a composição dos *Disputes Boards*, suas principais características e procedimentos, as diferentes modalidades existentes e as vantagens de adoção desse mecanismo alternativo.

JÚLIO BUENO

Presidente da Sociedade Brasileira de Direito da Construção

Doutor em direito pela Universidade de São Paulo (USP) e mestre em direito pela Universidade de Cambridge, na Inglaterra. Formou-se em direito na USP. Atualmente, é presidente da Sociedade Brasileira de Direito da Construção, diretor da *Dispute Resolution Board Foundation* na Região 2 (Internacional) e sócio do escritório Pinheiro Neto Advogados. Também é coordenador do Grupo de Estudos de Arbitragem em Contratos de Construção e Infraestrutura do Comitê Brasileiro de Arbitragem, membro da *International Academy of Construction Lawyers*, do *Chartered Institute of Arbitrators* e da *Royal Institution of Chartered Surveyors*.

AUGUSTO FIGUEIREDO

Diretor de *Dispute Boards* do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem

Mestre em direito internacional privado e comércio internacional pela Universidade de Paris I Panthéon-Sorbonne, na França, e em *Global Business Law* pelo Instituto de Estudos Políticos de Paris. Formado em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, além de ser analista internacional pela mesma instituição. É diretor de *Dispute Boards* do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem, membro da *Dispute Resolution Board Foundation* e do Comitê Brasileiro de Arbitragem.

DEATH, TAX AND CLAIMS: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DOS DISPUTE BOARDS

Os contratos de construção e projetos de infraestrutura são contratos comutativos complexos. As características inerentes a esse modelo, muitas vezes, exigem que as obrigações se iniciem sem que tenha havido o completo detalhamento dos custos envolvidos, do projeto de engenharia e do grau de responsabilidade e risco assumido pelas múltiplas partes. Assim, quanto maior o número de incertezas, maior a probabilidade de instalar-se uma situação de conflito e concretizar-se a máxima de que as disputas são uma realidade inexorável na indústria da construção: *Death, Tax and Claims*.

O desejo de prevenir disputas em contratos de construção e projetos de infraestrutura vem de longa data. Nos países de *Common Law*, desde o final do século XVIII, já se estipulava o papel do engenheiro responsável pela obra na prevenção de disputas, que atuava, com a obrigação de ser independente, arbitrando soluções para os problemas que viessem a ocorrer ao longo da execução do contrato.

Posteriormente, já no início do século XX, a submissão de disputas ao engenheiro responsável deixou, paulatinamente, de ser definitiva e passou a ser condição precedente a uma disputa judicial ou arbitragem, mitigando-se, assim, o seu poder decisório. Essa mudança é compre-

ensível, uma vez que a relação de subordinação econômica do engenheiro ao contratante, apesar de sua obrigação de independência, pode evidenciar os contornos de um conflito de interesses capaz de macular a necessária neutralidade das suas decisões. Para tanto, optou-se pelo retorno da confirmação de suas decisões em uma nova etapa, por meio do processo judicial ou da arbitragem.

A redução da efetividade das decisões do engenheiro responsável levou a indústria da construção a buscar novas formas de resolução de disputas, que permitissem prevenir conflitos e favorecer a boa marcha da execução do contrato, preservando os prazos previstos e o orçamento a ele destinado, sem que isso necessariamente implicasse a suspensão ou o esgarçamento da relação entre as partes.

O primeiro registro de *Dispute Boards* foi durante a construção da *Boundary Dam*, no estado de Washington, nos EUA, na década de 1960. Na ocasião, as partes estabeleceram um *Joint Consulting Board*, ativo durante todo o contrato, para a emissão de opiniões não vinculantes sobre os conflitos apresentados.

Na década seguinte, as conclusões do *US National Committee on Tunnelling Technology* (1972) sobre as causas de sobrecustos em projetos de infraestrutura levaram à publicação de um importante estudo¹ — *Better Contracting for Underground Construc-*

tion (1974) —, que atualizou e expandiu as informações do *US National Committee on Tunnelling Technology* sobre as causas dos sobrecustos. O estudo ainda incluiu a recomendação da adoção de comitês de acompanhamento independentes, nos moldes do *Joint Consulting Board*, para o acompanhamento do andamento de contratos. Essa recomendação foi prontamente adotada no ano seguinte, já com a denominação de *Dispute Boards*, durante a construção do Túnel Eisenhower, também nos EUA, no estado do Colorado.

Os excelentes resultados obtidos pelo *Dispute Board* no Túnel Eisenhower levaram à difusão de sua prática nos EUA e algumas importantes iniciativas se seguiram por outros países: (i) a partir de 1995, o Banco Mundial passou a exigir *Dispute Boards* em projetos com valor de financiamento superior a US\$ 10 milhões;² (ii) em 1996, a *Federation Internationale des Ingenieurs Conseils* (FIDIC) passou a incluir *Dispute Boards* como método preferencial para a resolução de disputas; e (iii) em 1996, foi criada a *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), uma organização sem fins lucrativos, dedicada à promoção da prevenção e resolução de disputas em todo o mundo pela utiliza-

ção de *Dispute Boards*, congregando os principais profissionais em atuação no mercado.³

MODALIDADES DE DISPUTE BOARDS

Os *Dispute Boards* são compostos por três profissionais, sendo dois usualmente de perfil mais técnico, indicados pelas partes justamente pelo conhecimento específico sobre as características do projeto, e outro indicado pelos demais membros técnicos, com um perfil jurídico para atuar como seu presidente.⁴ No Brasil, os *Dispute Boards* (DBs) são também denominados Comitês de Resolução de Disputas (CRDs). Em Portugal, a expressão consagrada é a de Conselhos de Litígios (CLs).

Em projetos menores, em que os custos não justifiquem as despesas com três profissionais, é possível a utilização de um único membro, sendo a escolha dos nomes, em ambos os formatos, feita de forma consensual entre as partes. Também é possível, em contratos de grande complexidade, que mais profissionais façam parte dos *Dispute Boards*, como nos

³ Para mais informações sobre a DRBF: <<http://www.drb.org>>.

⁴ Há regulamentos que estabelecem, de forma alternativa, que as partes escolham inicialmente o presidente, e este, considerando as características do contrato, indique os demais membros. É uma forma bastante conveniente em algumas situações, como nos casos de *Dispute Boards* no formado *ad hoc*, e é encontrada, por exemplo, nas regras do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) e do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA).

¹ National Academy of Sciences Council, *Better Contracting for Underground Construction* National Committee on Tunneling Technology, Wash., D.C. PB-236 973, Nov 1974.

² Exigência constante do *Standard Bidding Document for Procurement of Works* para os projetos considerados como “major works”, publicado pelo Banco Mundial em 2012. Para mais informações: <http://siteresources.worldbank.org/intprocurement/resources/works-en-22-mar12_rev5.docx>.

projetos de construção do aeroporto internacional de Hong Kong⁵ e do Eurotúnel.⁶

O momento da formação dos *Dispute Boards* define algumas de suas características mais importantes: (i) o “*Dispute Board* permanente” é o constituído no momento da celebração do contrato ou em prazo imediatamente posterior à sua celebração, permanecendo ativo durante toda a vigência do contrato, independentemente da existência ou não de uma controvérsia; e (ii) o “*Dispute Board ad hoc*” é o formado somente quando da ocorrência de uma controvérsia formalmente submetida pelas partes, permanecendo ativo até a prolação da decisão e o exaurimento dos procedimentos a ela aplicáveis.

O teor vinculante das decisões caracteriza as principais modalidades de *Dispute Boards*: (i) *Dispute Review Boards* (DRBs) são os que emitem recomendações, ou seja, decisões de adoção não obrigatória; (ii) *Dispute Adjudication Boards* (DABs) são os que emitem decisões, estas de adoção obrigatória; e (iii) os *Combined Dispute Boards* (CDBs) são os que combinam os tipos anteriores, emitindo recomendações e decisões, de acordo com a situação que lhes é submetida.

Nos *Dispute Resolution Boards*, a solução proposta é uma mera recomendação e carece de aceitação de ambas as partes para produzir efeitos como acordo amigável. Diferentemente, nos *Dispute Adjudication Boards*, as partes estipulam que a decisão proferida é vinculativa, só podendo ser alterada por acordo estabelecido entre as partes ou por decisão proferida em processo judicial ou arbitral, conforme o caso. Contudo, cada parte

pode informar a outra do seu descontentamento em relação à decisão proferida pelos membros do painel. Assim, se essa comunicação não existir, a decisão pode se tornar vinculativa e definitiva para ambas as partes (*interim-binding force*).

DESENVOLVIMENTO DOS DISPUTE BOARDS NO BRASIL

As estatísticas da DRBF revelam que aproximadamente 97% das divergências surgidas ao longo de um contrato que utilize *Dispute Board* são resolvidas no seu âmbito, evitando a necessidade de recurso à arbitragem ou ao Judiciário. A DRBF também aponta a identificação oficial de quase 2.340 projetos no mundo que já tenham utilizado *Dispute Boards*, com valor global estimado em mais de US\$ 166 bilhões. A linha amarela do Metrô de São Paulo é um desses projetos e considerado o modelo pioneiro da adoção de *Dispute Boards* no Brasil. Com esse importante precedente, imposto por força do Banco Mundial, um dos financiadores do projeto, outros exemplos se seguiram em vários estados do Brasil.

Recentemente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em acórdão relatado pelo ministro Marco Aurélio Bellizze,⁷ reconheceu a existência, validade e eficácia das cláusulas de *Dispute Boards*. A decisão usa como fonte a doutrina especializada, reconhecendo que “*com o propósito de atender às peculiaridades de cada contrato, notadamente aqueles em que seus efeitos perduram ao longo do tempo, as partes podem reputar necessário, sob o enfoque da preservação do*

objeto contratual, ou mesmo desejável, sob o aspecto da manutenção do ambiente de cooperação e parceria entre os contratantes, que pontuais divergências surgidas nesse interregno sejam imediatamente dirimidas por um terceiro ou um colegiado criado para tal propósito”.

Ainda, o Conselho da Justiça Federal (CJF), na I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, sob a Coordenação-Geral do ministro Luis Felipe Salomão, emitiu três enunciados sobre os *Dispute Boards*, evidenciando o respeito do Poder Judiciário pelo instituto: (i) Enunciado CJF nº 49: “Os Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro.”; (ii) Enunciado CJF nº 76: “As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada.”; e (iii) Enunciado CJF nº 80: “A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos.”⁸

Uma vez que os *Dispute Boards* ocupem o espaço merecido de um método testado e aprovado internacionalmente, é fundamental

As estatísticas da *Dispute Board Resolution Foundation* (DBRF) revelam que aproximadamente 97% das divergências surgidas ao longo de um contrato que utilize *Dispute Board* são resolvidas no seu âmbito, evitando a necessidade de recurso à arbitragem ou ao Judiciário. A DRBF também aponta a identificação oficial de quase 2.340 projetos no mundo que já tenham utilizado *Dispute Boards*, com valor global estimado em mais de US\$ 166 bilhões,

5 Executado entre 1991 e 2001, este projeto, de cerca de US\$ 15 bilhões e composto por 22 contratos assinados entre a autoridade aeroportuária de Hong Kong e as concessionárias locais, foi acompanhado por um *Dispute Board* composto por seis especialistas, além do presidente.

6 No caso do Eurotúnel, as obras se iniciaram em 1988 e foram concluídas em 1990, com cinco profissionais que participavam de todos os procedimentos relativos às disputas, sendo que apenas três compunham os painéis decisórios.

7 Dr Harmon, K, 2012, “Using DRBs to Maintain Control of Large, Complex Construction Projects”, *Dispute Resolution Journal*, Vol 67, Nº 1.

8 Para mais informações: <<http://www.cjf.jus.br/cjf>>.



a realização de eventos de formação e disseminação do conhecimento. Exemplos importantes desse esforço são: (i) o credenciamento de *Dispute Board Members* que estariam aptos a atuar em casos relacionados aos Jogos Olímpicos no Rio de Janeiro; e (ii) a conferência organizada pela FGV Projetos em 2016, que contou com a presença do presidente Mundial da DRBF e representantes de diversos centros nacionais de solução de controvérsias.⁹ Também durante a Sexta Conferência Internacional Bienal da Sociedade de Direito da Construção, também realizada em 2016, em São Paulo, o tema foi amplamente discutido.

Os centros de solução de controvérsias têm um papel fundamental para o desenvolvimento dos *Dispute Boards* no Brasil. À semelhança das regras de arbitragem, a menção a um regulamento específico deve ser feita nas cláusulas de resolução de disputas dos contratos. Usualmente, as regras trazem cláusulas prevendo as obrigações dos membros do *Dispute Board*, das partes, formas e prazos para a submissão de consultas e controvérsias, orientações em relação à cobrança de honorários e outras regras fundamentais para dar segurança e previsibilidade tanto para a atuação dos profissionais escolhidos para compor o *Dispute Board* quanto para as partes em relação ao seu relacionamento com os membros do *Dispute Board* e à mecânica do seu funcionamento.¹⁰

É interessante notar que a maioria das instituições citadas opta por apenas disponibilizar os regulamentos, não dedicando muito espa-

ço para um suporte administrativo ao trabalho dos *Dispute Boards*. Esta é, certamente, uma área interessante a ser desenvolvida ao longo dos próximos anos, à semelhança do trabalho realizado nos procedimentos arbitrais. Será de grande utilidade para as partes e os profissionais que atuam no setor poder contar com as instituições para o controle de prazos, intermediação de comunicações, disponibilização de espaço para reuniões e o armazenamento digital da documentação contratual relevante para o trabalho dos *Dispute Boards*. Além de diminuir ainda mais o tempo utilizado pelas partes na gestão do contrato, o suporte daria eficiência ao procedimento e seria também de grande utilidade nos casos — percentualmente reduzidos — em que uma disputa venha a evoluir para um procedimento arbitral, acelerando o início do procedimento e contribuindo, potencialmente, para a redução do tempo de duração da arbitragem.¹¹

ESTERILIZAÇÃO DE DISPUTAS COMO OBJETO DOS DISPUTE BOARDS

Nas arbitragens, diz-se que elas valem tanto quanto a qualidade dos árbitros que nelas atuam,¹² e, nos *Dispute Boards*, a realidade é a mesma. Soma-se, ainda, a confiança das partes na imparcialidade e na independência de seus membros, requisitos fundamentais para a sua atuação, e o cami-

9 Para mais informações: <<http://mediacao.fgv.br/fgv-projetos-debate-dispute-boards-como-estrategia-para-prevencao-de-conflitos/>>.

10 Os mais tradicionais conjuntos de regras de *Dispute Boards* disponíveis são os da DRBF, da Câmara de Comércio e Indústria de Paris (CCI) e da FIDIC. São, ainda, referências internacionais as regras da *American Arbitration Association* (AAA), do *Chartered Institute of Arbitrators* (CI Arb), da *Royal Institution of Chartered Surveyors* (RICS) e do *Institute of Civil Engineers* (ICE). Na América do Sul e no Brasil, já temos, também, ótimos regulamentos — por exemplo os da Câmara de Arbitragem de Santiago (CAM Santiago), CAM-CCBC e CBMA, dentre outros.

11 A CCI oferece alguns serviços como a indicação de membros no caso de inércia das partes, decidir sobre impedimentos de membros do *Dispute Board*, auxílio na definição dos honorários e revisão de decisões. No Brasil, CAM-CCBC e CBMA fazem um trabalho pioneiro, oferecendo os mesmos serviços e, ainda, o suporte administrativo permanente da secretaria, durante toda a duração do *Dispute Board*.

12 “*Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage*”, no adágio francês bastante citado pela doutrina especializada.

É por ter base na vontade das partes e não em regras estatais que esse método permite grande flexibilidade na sua estruturação, podendo adaptar-se aos mais diversos tipos de projetos em função da conveniência e criatividade das partes envolvidas.

nho para um trabalho bem-sucedido estará devidamente pavimentado.

É usual e bastante conveniente a referência a *Dispute Boards* como “criaturas do contrato”. É na vontade das partes que se encontram a base da sua legitimidade e os limites da sua atuação, servindo a sistematização de regras organizadas nos regulamentos disponibilizados por diversas instituições internacionais (preferencialmente referenciadas nas cláusulas contratuais) para dar maior previsibilidade e organização aos procedimentos. É por ter base na vontade das partes e não em regras estatais que esse método permite grande flexibilidade na sua estruturação, podendo adaptar-se aos mais diversos tipos de projetos em função da conveniência e criatividade das partes envolvidas.

Os *Dispute Boards* acompanham o desenvolvimento da execução do contrato, sendo dado aos seus membros conhecer o contrato, os anexos e demais informações pertinentes à negociação havida entre as partes. No caso dos contratos de construção e projetos de infraestrutura, por exemplo, os membros dos *Dispute Boards* tornam-se, desde cedo, familiarizados com os valores acordados, o programa de inspeções e testes, as regras para o comissionamento e a emissão de certificados de aceitação provisória (CAPs) ou final (CAFS), as condições de pagamento e fórmulas de reajuste, os documentos de engenharia (projetos, plantas, campanhas de sondagem, relatório diário de obras, etc.) e, assim, acompanham *in loco* o próprio avanço físico das obras.

Os *Dispute Boards* não são e não devem ser considerados uma etapa pré-arbitral. Sua grande vocação é, exatamente, evitar disputas posteriores, e não servir como uma espécie de preparação para elas. Para isso, nos *Dispute Boards* permanentes, a atuação se inicia simultaneamente ao início da execução do con-

trato. As boas práticas mundiais sugerem que seja estabelecido um cronograma de visitas ao local de execução do contrato — usualmente a cada três meses — e, periodicamente, deve ser submetida aos *Dispute Boards* a documentação gerada ao longo da realização dos serviços, como o diário de obra, histogramas, comunicações relevantes trocadas entre as partes e quaisquer outros documentos que possam ser úteis ao *Board* na tarefa de inteirar-se não apenas sobre o dia a dia da execução do contrato, mas também da existência de possíveis desacordos entre as partes, que possam, potencialmente, evoluir para um conflito.

A visão privilegiada e sempre atual do andamento do contrato permite aos *Dispute Boards* que atuem na esterilização de disputas, intervindo, de modo rápido e tempestivo, na sua prevenção ou resolução. Para evitar, em tempo real, que a disseminação de disputas prejudique

o desempenho contratual das partes ou drene os recursos necessários à execução do contrato, os *Dispute Boards* preparam-se para apresentar às partes uma visão independente sobre a interpretação das cláusulas contratuais, a adequada divisão de responsabilidades entre as partes, bem como o detalhamento de questões técnicas e legais inerentes a uma relação comutativa de maior complexidade.

É justamente no alto potencial de adaptabilidade às condições das partes e às demandas contratuais, bem assim no maior grau de criatividade no detalhamento de seu funcionamento, que os *Dispute Boards*, tal qual um Proteu moderno,¹³ contribuem, de modo efetivo, para a prevenção e resolução de disputas, mostrando-se imprescindíveis no auxílio às partes na execução dos contratos e na eficiente utilização dos recursos a eles destinados. ●

13 No final do Canto IV da *Odisseia*, Menelau narra sua aventura com Proteu, o ancião do mar, capaz de transformar-se e plenamente adaptar-se às circunstâncias: “[Proteu] tudo tentará e assumirá todas as formas conhecidas / de tudo o que se mexe na terra: até água e fogo ardente”.

DISPUTE BOARD EM CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO: O DESENVOLVIMENTO DO MÉTODO NOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA

Os *Dispute Boards* são comitês de solução de conflitos que têm o propósito de prevenir o surgimento e o escalonamento de conflitos durante a execução de contratos, principalmente aqueles que envolvem projetos grandes e complexos. Neste artigo, Fernando Marcondes aborda o uso dos *Dispute Boards* em contratos de construção e apresenta exemplos da sua utilização no Brasil e em outros países da América Latina, como Peru, Chile, Panamá, Honduras e El Salvador, refletindo sobre as diferentes formas de adoção internacional deste método.

FERNANDO MARCONDES

Advogado e presidente do Instituto Brasileiro de Direito da Construção

Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É advogado e sócio do escritório L.O. Baptista Advogados e presidente do Instituto Brasileiro de Direito da Construção, do qual é fundador. Atua como árbitro e membro de *Dispute Boards* em temas de construção e infraestrutura e representa a *Dispute Resolution Board Foundation* no Brasil. Também é vice-presidente da Comissão de Infraestrutura da OAB/RJ, membro da *Society of Construction Law*, do *Chartered Institute of Arbitrators* e do Conselho Jurídico do Sindicato da Construção de São Paulo.

O ambiente da construção de grandes obras de infraestrutura tem características universais. Pouco importa se a obra se localiza em um país de *common law* ou *civil law*; se estamos abaixo ou acima do Equador; se a cultura das partes é oriental ou ocidental. A natureza dos problemas é a mesma, os entraves são os mesmos e as soluções são muito semelhantes.

Basicamente, as divergências se resumem a questões ligadas a prazo, preço e qualidade.

Conforme estudos desenvolvidos pela *Oxford University*,¹ que levou em conta dados coletados nas três Américas, África, Europa, Ásia e Oceania, três em cada quatro projetos de hidrelétricas sofrem aumentos de custos da ordem de 96% e mais de 80% deles sofrem atrasos de quase 50% em relação ao prazo originalmente previsto. De acordo com o mesmo estudo, quando se amplia o objeto da pesquisa para projetos de infraestrutura em geral,² nada menos do que 90% dos projetos de valor original superior a US\$ 1 bilhão sofrem aumento de custos de pelo menos 50% e atrasam significativamente.

O estudo de Oxford traz alguns exemplos eloquentes: a obra do Canal de Suez, no Egito,

teve um sobrepreço de 1.900%; a construção do edifício do parlamento escocês, 1.600%; a Opera House de Sidney, 1.300%.

Os motivos pelos quais ocorrem tais atrasos e sobrepreços são, igualmente, universais: precariedade dos estudos prévios, imaturidade dos projetos, problemas de natureza geológica e dificuldades de gestão da obra estão entre os principais.

Por outro lado, as soluções são dificultadas por fatores que também são comuns a todos os países, culturas e regimes jurídicos: contratos excessivamente extensos, incompletos e repletos de ambiguidades, estruturas contratuais desnecessariamente complexas, distribuição inadequada de riscos e uma notável tendência para o confronto, que parece ser característica da espécie humana — talvez resquício de nosso período irracional, que não conseguimos vencer, pelo menos até o atual estágio de desenvolvimento do nosso intelecto.

Os contratos tradicionais de construção são elaborados sobre uma base que, em vez de estimular a colaboração, incentiva o conflito. O contratante fiscaliza, exige, pune, retém, reclama. Tudo devidamente garantido por extensas cláusulas contratuais que mais parecem uma codificação penal. O contratado se defende apontando a responsabilidade de terceiros ou de seu próprio contratante, supervaloriza eventos da natureza, aumenta artificialmente a gravidade das consequências, exige revisões do preço e do prazo, muitas vezes

por ele assumidos mesmo diante de sua total consciência de que eram inexequíveis. Tudo isso também devidamente respaldado por mecanismos contratuais e lacunas deixadas pelos longos e ineficientes textos já citados.

Esse quadro caótico inspira os estudiosos e profissionais a buscarem soluções, tanto para melhorar a qualidade das contratações como para criar ferramentas que possam auxiliar no apaziguamento das controvérsias.

A medida mais sofisticada criada no campo dos contratos foi, sem sombra de dúvida, o contrato de aliança.³ Já no que diz respeito à solução de conflitos, nas últimas décadas vêm se desenvolvendo, cada vez mais, a Mediação, a Arbitragem, a Adjudicação⁴ e o *Dispute Board*. Este último é o objeto deste trabalho.

OS DISPUTE BOARDS

Já tivemos oportunidade de escrever a respeito da natureza e das vantagens desta ferramenta com mais vagar.⁵ Aqui, o foco é discorrer sobre o seu atual estágio de desenvolvimento nos diversos países em que vem sendo utilizada, na região latino-americana.

A título introdutório, cabe trazer algumas notas sintéticas.

Um *Dispute Board* é, de acordo com a definição da *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF),⁶ um comitê formado por profissionais experientes e imparciais, contratado antes do início de um projeto de construção para acompanhar o progresso da execução da obra, encorajando as partes a evitar disputas e assistindo-as na solução daquelas que não puderem ser evitadas, visando à sua solução definitiva.

Seu grau de sucesso é inquestionável: as estatísticas dão conta de que mais de 97% dos conflitos surgidos ao longo de um contrato são resolvidos no âmbito do comitê, evitando que a disputa chegue ao Judiciário ou à Arbitragem.

Não sem razão, os bancos internacionais de financiamento de obras de infraestrutura exigem, há muitos anos, que os contratos de obras por eles financiados prevejam o mecanismo de *Dispute Board*. A primeira experiência marcante se deu com o Banco Mundial, em 1980, quando sugeriu às partes do contrato de construção da barragem de *El Cajon* (Honduras) que adotassem o *Dispute Board* e, assim feito, o êxito foi tal que, ao final da obra, nenhuma pendência havia para ser levada à apreciação de um Tribunal Arbitral ou Judicial.

¹ *Should we build more large dams? The actual cost of hydropower megaproject development*, Antif Ansar et alii, *Journal of Energy Policy*, vol. 69, Junho/2014, University of Tennessee, p. 43—56, *apud* BOTELHO DE MESQUITA, Marcelo de Alencar, *Adjudicação de Conflitos na Construção in Temas de Direito da Construção*, coord. Fernando Marcondes, PINI, SP, 2015, p. 106.

² *What you should know about megaprojects and why: an overview*, Bent Flyvbjerg, *Project Management Journal*, vol. 45, nº 2, John Wiley and Sons, 2014, p. 6—19, *apud* BOTELHO DE MESQUITA, Marcelo de Alencar, *op. cit.*, p. 107.

³ Para aprofundar o estudo do tema, vide *Direito e Infraestrutura*, coord. TOLEDO DA SILVA, Leonardo, Saraiva, SP, 2012.

⁴ Vide BOTELHO DE MESQUITA, Marcelo de Alencar, *op. cit.*

⁵ MARCONDES, Antonio Fernando Mello, *Os Dispute Boards e os Contratos de Construção in "Construção Civil e Direito"*, coord. Luiz Olavo Baptista e Maurício Almeida Prado, Lex Magister, SP, 2011, p. 123 e seguintes.

⁶ www.drbb.org.

Os modelos FIDIC⁷ atuais contemplam o *Dispute Board* como regra. A subcláusula-padrão que o institui e fixa a forma de decidir faz parte da cláusula 20 (“Reclamações, Conflitos e Arbitragem”) e tem a seguinte redação:

20.2. Os conflitos serão resolvidos por um CRC nos termos do n° 4 [Obtenção da Decisão do Conselho de Resolução de Conflitos] da Cláusula 20. As Partes nomearão em conjunto um CRC até a data indicada no Anexo à Proposta.

[...]

20.4.

No prazo de 84 dias após receber a petição inicial ou no prazo proposto pelo CRC e aprovado por ambas as Partes, o CRC emitirá a sua decisão, a qual deve ser fundamentada, e indicar que foi tomada ao abrigo do presente número. A decisão será vinculativa para ambas as Partes, as quais devem de imediato cumprir com os seus termos, salvo e até que a mesma seja revista por acordo das Partes ou por decisão do Tribunal Arbitral conforme descrito abaixo. (...)

A redação acima menciona que a decisão será vinculativa. Oportuno esclarecer que os *Dispute Boards* podem ser instituídos para emitir meras opiniões (quando são chamados *Dispute Review Boards* ou DRBs) ou para emitir efetivas decisões (*Dispute Adjudication Boards* ou DABs). A escolha de uma dessas modalidades depende exclusivamente da vontade das partes, determinada na con-

7 Federação Internacional de Engenheiros Consultores, que publica modelos de estruturas de contratos de construção desde a década de 1950, dentre os quais os mais largamente utilizados são o *Red Book* (contrato a preços unitários com projeto fornecido pelo dono da obra), o *Yellow Book* (a mesma modalidade, porém com projeto fornecido pelo construtor) e o *Silver Book* (*Engineering, Procurement and Construction*, o EPC, que concentra em um contratado único as atividades de projeto, construção, fornecimento, montagem e comissionamento de equipamentos).



“HISTORICAMENTE, AS DECISÕES E ORIENTAÇÕES DE UM DISPUTE BOARD TÊM UM ÍNDICE DE REVERSÃO BAIXÍSSIMO, PRÓXIMO DE ZERO.”

tratação do painel de especialistas. Aliás, as partes podem, inclusive, instituir um sistema segundo o qual o painel emite, ordinariamente, opiniões, mas pode ser chamado a emitir decisões sob determinadas circunstâncias. A essa modalidade chamamos *Combined Dispute Board* ou CDB.⁸

As manifestações do DRB não nascem com força vinculante. Os regulamentos preveem que se, dentro de determinado prazo, uma parte manifestar discordância com a posição do painel, poderá deixar de seguir a opinião proferida, levando-a à arbitragem ou ao Judiciário, para só se ver compelida a atendê-la se a sentença final a confirmar. Porém, decorrido o prazo para manifestação de discordância ou para instauração do procedimento arbitral ou judicial, a manifestação do DRB se torna vinculativa, ou seja, seu cumprimento passa a ser obrigatório para as partes envolvidas.

Já o DAB emite decisões, e estas já nascem vinculativas. Obviamente, as partes podem desafiá-las e discuti-las em arbitragem ou no Judiciário, mas terão de cumpri-las de imediato de qualquer forma. Se, eventualmente, uma decisão vier a ser modificada pela sentença final, a questão se resolve em perdas e danos. O projeto, entretanto, pôde seguir adiante, sendo preservado dos desentendimentos das partes, e este é o grande benefício que caracteriza os *Dispute Boards*.

Importante destacar que, historicamente, as decisões e orientações de um *Dispute Board* têm um índice de reversão baixíssimo, próximo de zero. Isso se deve à grande expertise, idoneidade e seriedade dos profissionais que, via de regra, são escolhidos pelas partes para compor os painéis, o que deixa pouco — ou nada — para ser reparado pelos árbitros e magistrados.

8 O regulamento da ICC (*International Chamber of Commerce*) para *Dispute Boards* foi o primeiro a disciplinar os *Combined Dispute Boards*.

UTILIZAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DOS DISPUTE BOARDS NA AMÉRICA LATINA

Muito embora o *Dispute Board* seja uma ferramenta amplamente utilizada na América do Norte, Europa, Ásia e Oceania — e esteja em fase inicial de implantação até mesmo em países da África que iniciam um período de desenvolvimento e têm utilizado os modelos FIDIC para suas contratações —, sua adoção no Brasil e nos países vizinhos se encontra em fase mais ou menos embrionária.

Somente nos anos mais recentes os governos vizinhos têm se preocupado em oferecer aos investidores de infraestrutura um ambiente mais seguro e amigável. Entre as medidas tomadas, a incorporação dos *Dispute Boards* no ordenamento jurídico tem ocorrido em alguns países. Em outros, como o próprio Brasil, a ferramenta ainda é meramente contratual, merecendo diferentes graus de atenção de seus potenciais utilizadores.

A seguir, discorreremos individualmente sobre a atual situação em alguns desses países e, por último, trataremos do Brasil.

Peru⁹

O Peru vive, atualmente, um surto de desenvolvimento de sua infraestrutura. As necessidades do país são muitas e, sensível a elas e percebendo o interesse de empreendedores estrangeiros, o governo local adotou diversas medidas para propiciar um ambiente seguro aos potenciais interessados.

9 Informações gentilmente fornecidas pelo advogado peruano e especialista em Direito da Construção Eric Franco Reggio.

Em 11 de julho de 2014, foi editada a lei nº 30.225, denominada *Ley de Contrataciones del Estado*. Grosso modo e apenas para facilitar a compreensão, podemos comparar aquele diploma contratual com a lei brasileira nº 8.666/90, a conhecida Lei de Licitações.

Além de disciplinar todas as modalidades de contratos com o Estado peruano, a lei nº 30.225 adotou o *Dispute Board* como ferramenta obrigatória para a solução de conflitos durante a execução dos contratos de construção que tenham o Estado como contratante. O dispositivo específico é o Capítulo IV da lei, que, em seu art. 205, dispõe:

Artículo 205. — La Junta de Resolución de Disputas

La finalidad de la Junta de Resolución de Disputas es que las partes logren prevenir y/o resolver eficientemente sus controversias durante la ejecución de la obra, desde el inicio del contrato hasta la recepción total de la obra.

En caso de resolución del contrato, la Junta de Resolución de Disputas es competente para conocer y decidir las controversias que surjan hasta que la Entidad reciba la obra.

No pueden someterse a Junta de Resolución de Disputas pretensiones de carácter indemnizatorio por conceptos no previstos en la normativa de contratación pública.

Las partes pueden pactar hasta antes del inicio de la ejecución de la obra, una cláusula de solución de disputas a cargo de una Junta de Resolución de Disputas en aquellos contratos de ejecución de obra cuyos montos sean superiores a veinte millones de Nuevos Soles (S/. 20 000 000,00), siendo sus decisiones vinculantes para las partes.

La Junta de Resolución de Disputas puede estar integrada por uno o por tres miembros, según acuerden las partes. A falta de acuerdo entre las partes o en caso de duda, la Junta de Resolución de Disputas se integra por un (1) miembro cuando el monto del respectivo contrato de obra tenga un valor igual o superior a veinte millones de Nuevos Soles (S/. 20 000 000,00) y menor a cuarenta millones de soles (S/. 40 000 000,00); y, por tres (3) miembros, cuando el respectivo contrato de obra tenga un valor igual o superior a cuarenta millones de Nuevos Soles (S/. 40 000 000,00).

Ainda que a referida lei já tenha sido regulamentada e que haja muito interesse em utilizá-la, o fato é que, até o momento, nenhum contrato adotou o *Dispute Board*. Aparentemente, a questão cultural é um embaraço a ser vencido.

Há também uma lei que implementa o *Dispute Board* nos contratos com empresas de economia mista, porém esta sequer foi regulamentada até o momento.

Chile¹⁰

A lei de concessões de obras públicas chilena (lei nº 19.460, de 13 de julho de 1996) foi modificada em 2010 (lei nº 20.410, art. 1º, nº 19) para consagrar a obrigatoriedade de adoção de *Dispute Boards* em todos os contratos de obras públicas celebrados a partir de sua edição, porém somente para resolver disputas de natureza técnica e econômica. O nome adotado pela lei é painel técnico, que corresponde a um *Dispute Board ad hoc*, que se forma somente diante de uma controvérsia estabelecida, o que não é o ideal. Diz o seu art. 36 (*caput*):

¹⁰ Informações gentilmente fornecidas pelo advogado chileno e especialista em Direito da Construção Juan Eduardo Figueroa Valdéz.

Artículo 36º. — Las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión, podrán someterse a la consideración de un Panel Técnico a solicitud de cualquiera de ellas.

El Panel Técnico, que no ejercerá jurisdicción, deberá emitir, de acuerdo con el procedimiento público establecido en el reglamento, una recomendación técnica, debidamente fundada, dentro del plazo de 30 días corridos, prorrogable por una vez, contado desde la presentación de la discrepancia.

La recomendación será notificada a las partes y no tendrá carácter vinculante para ellas.

La recomendación del Panel no obstará a la facultad del concesionario para accionar posteriormente ante la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones de Santiago, aunque la controversia recaiga sobre los mismos hechos. En tal caso, la recomendación podrá ser considerada por la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones como un antecedente para la dictación de su sentencia.

As controvérsias relativas à interpretação dos contratos (portanto, de natureza jurídica) não se submetem ao painel, que, via de regra, não tem profissionais da área jurídica em sua formação. O art. 36 bis é claro nesse sentido:

Artículo 36º bis. — Las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, podrán ser llevadas por las partes al conocimiento de una Comisión Arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago.

“Além de disciplinar todas as modalidades de contratos com o Estado peruano, a lei nº 30.225 adotou o *Dispute Board* como ferramenta obrigatória para a solução de conflitos durante a execução dos contratos de construção que tenham o Estado como contratante.”

Na esfera privada, a principal empresa mineradora chilena introduziu a ferramenta em seus contratos de construção de obras civis, preparatórias para a exploração de minas. A modalidade adotada foi a de recomendações (DRB). O mecanismo é adotado somente nos contratos da mineradora cujo valor seja superior a US\$ 50 milhões. Essa iniciativa foi adotada no ano de 2007 e, até o momento presente, seu sucesso é total: nenhuma das orientações foi contestada, ou seja, nenhum assunto evoluiu para uma arbitragem ou processo judicial.

Panamá¹¹

O Panamá é o país que detém um dos *cases* mais emblemáticos de *Dispute Board*: a obra de expansão do Canal do Panamá. Iniciada em 2007 e concluída em 2016, a obra tem o mecanismo de DAB implantado e em funcionamento. Sua utilização tem sido muito intensa ao longo de todos esses anos.

Muitas questões foram definitivamente decididas pelos diversos painéis implantados; outras tantas, porém, avançaram para procedimentos arbitrais, vários deles em andamento até o momento em que escrevemos este trabalho.

De fato, as costumeiras eficiência e efetividade do *Dispute Board* não têm sido tão grandes no caso do Panamá.

O consórcio construtor *Grupo Unidos por El Canal* (GUPC), responsável pela construção do terceiro jogo de eclusas do canal, entregou a obra em 25 de junho de 2016. Seu

pleito final para a obra montou em US\$ 3,596 bilhões — valor que supera o preço original do contrato, que lhe foi adjudicado, em 2009, por US\$ 3,118 bilhões.

Do valor pleiteado, US\$ 1,520 bilhão já foi levado à *junta de resolución de conflictos*, do qual seguem pendentes de decisão US\$ 569 milhões. Dos US\$ 951 milhões já decididos pela junta, somente US\$ 336 milhões foram adjudicados ao GUPC, que já anunciou que pretende levar todo o saldo para discussão em arbitragem.

O contrato prevê três instâncias de decisão: a primeira é a própria contratante, *Autoridad del Canal de Panamá* (ACP); a segunda é o *Dispute Adjudication Board* (DAB), ou *Junta de Resolución de Conflictos*, composta de três engenheiros independentes, oriundos de outros países; a terceira instância é a arbitragem disciplinada pelo regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI).

Atualmente, estão sob disputa arbitral US\$ 527 milhões. Uma dessas disputas, no valor de US\$ 194 milhões, diz respeito a uma barragem provisória (ensecadeira) construída pelo GUPC. O grupo reclamou o pagamento dos custos de construção dessa estrutura, porém o DAB negou o pedido, entendendo que não há mérito, pois a ensecadeira não é uma estrutura que pertence às novas eclusas, tendo sido construída por decisão do GUPC como parte de sua metodologia de trabalho.

Exemplo típico da força vinculante da decisão de um DAB é o pleito do GUPC a respeito de sobrecusto no valor de US\$ 463 milhões, referentes à mistura de concreto e agregados de basalto para a construção das eclusas. A decisão, proferida em janeiro de 2015, determinou à ACP que pagasse US\$ 243 milhões ao GUPC. A ACP, então, efetuou o pagamento, porém emitiu nota de

11 Parte das informações foi gentilmente fornecida pelo advogado panamenho, especialista em Direito da Construção e vice-presidente jurídico da Autoridad del Canal de Panamá Agenor Correa. Os dados que dão conta dos casos em andamento, da natureza das decisões e dos valores envolvidos foram extraídos do periódico *La Prensa*, edição de 22.07.2016, p. 1–2. Disponível em: <http://www.prensa.com/economia/rutareclamocanal_o_4534046662.html>.



desconformidade e, em seguida, buscou a arbitragem. A tese da ACP se baseia no voto dissidente de um dos membros do painel, o engenheiro Robert. J. Smith.

Acredita-se que o GUPC ainda prepara um último tema para levar à apreciação do DAB, que diz respeito à ocorrência de *disruption*,¹² cujo montante é de US\$ 495 milhões.

Curiosamente, em que pese a grande exposição internacional que as obras do Canal do Panamá proporcionam à estrutura de solução de conflitos ali instaurada, o *Dispute Board* não tem sido utilizado em outros contratos de obras no Panamá.

Honduras

Já mencionamos anteriormente que a grande referência do Banco Mundial, que o levou primeiro a estimular e, mais tarde, a exigir a adoção de DBs em contratos de obras

12 A respeito de *disruption*, vide *Delay and Disruption Protocol*, documento emitido pela *Society of Construction Law*. Disponível em: <<https://www.scl.org.uk/sites/default/files/SCL%20Delay%20and%20Disruption%20Protocol%20%20subject%20to%20Rider%201.pdf>>

por ele financiadas, foi a obra da barragem de *El Cajon*, em Honduras.

A experiência foi tão positiva que, desde então, o país passou a utilizar a ferramenta com grande frequência. De acordo com dados já antigos (porém, os únicos disponíveis), datados de 1999, até aquele ano, Honduras havia criado mais de 400 painéis e solucionado mais de mil controvérsias; e, ainda mais interessante, apenas 14 decisões foram contestadas em arbitragem ou perante o Judiciário.¹³

El Salvador

Dispensando estrangeirismos, a comunidade jurídica salvadorenha batizou o *Dispute Board* de “Mesa de Resolução de Disputas”.

A experiência salvadorenha teve início com a utilização de painéis *ad hoc*, ou seja, aqueles que, em vez de se constituí-

13 H. WÖSS, LL.M., M. WÖSS & PARTNERS, *Panel de adjudicación de desavenencias. Una retrospectiva*, Pauta ICC- México, nº 50, junho/2006, p. 13. Disponível em: <<http://www.iccmex.mx/uploads/galerias/48df1e70fa9199218b325c227a40a281dc6c6237.pdf>>. Última consulta: 29.11.2015.

rem no início do contrato de construção para acompanhamento de toda a obra, são formados somente depois do surgimento de uma controvérsia. Essa modalidade é fortemente desestimulada (vide, a respeito, no início deste trabalho, a definição da DRBF para *Dispute Board*, que menciona que eles são instituídos no início dos contratos).

Carlos Alberto Peñate Guzmán, renomado jurista salvadorenho, assim descreve a experiência:¹⁴

Respecto a la celeridad, no ofrece duda el hecho que ante el surgimiento de uno o varios conflictos, desde el más sencillo hasta el más cuantioso en términos económicos, encuentran un mecanismo ágil de resolverlos, en estas Mesas. Es sostenido por el autor que debe preferirse las Mesas integradas desde el inicio del contrato, en contraposición a las nombradas al surgimiento del o de los conflictos, ya que la celeridad puede ser muy concreta, incluso fácilmente cuantificable.

Al comparar el tiempo que toma a las Ad-hoc, por no conocer con anticipación y desde su inicio el contrato, documentarse e informarse debidamente, para dar su resolución, respecto del tiempo que tardarán en arribar a una decisión las Mesas compuestas desee el inicio de la ejecución contractual, resulta una nada despreciable disminución de tiempo; y esto es lógico, puesto que los miembros designados desde el inicio, conocen la obra desde su comienzo y se van familiarizando con su ejecución, avance, reprogramaciones, órdenes de cambio, etc., además que mantienen el

expediente de documentos contractuales principales al día.

En el caso salvadoreño, y propiamente en los contratos del Fondo del Milenio en el proyecto antes identificado, no se presentó esta ventaja de la celeridad, porque las Mesas se integraban, una vez anunciado un reclamo o reclamos de parte del Contratista. Los contratos correspondían a los formatos FIDIC, libros rojo y amarillo.

Sin embargo, siempre cabe comparar los tiempos que tomaría decidir el conflicto en un arbitraje, versus en un DAB. Es en ello que en El Salvador, la celeridad no necesariamente se volvió patente dentro de la ejecución contractual, pero si respecto del tiempo en que se tuvo el conflicto abierto o irresoluble, en contraposición a llevarlo a arbitrajes.

(...)

En el caso del Fomilenio, al no ser designados desde el inicio del contrato los miembros de Mesa, éstos debían en muchos casos, sustituir esa captura directa de información y apercibimiento a la obra, por una dilatada reconstrucción de hechos, por medio de documentos y testimonios de personal de la obra, supervisores y las partes. La experiencia del que escribe, al integrar una Mesa nombrada mucho tiempo después de ocurridos los hechos reclamados, da fe que la inmediatez es, para los Miembros de Mesa, la más sentida y palpable diferencia entre una designación inicial y una ad-hoc para el conflicto, y guarda una relación directa con la celeridad.

A experiência de Fomilenio foi, de qualquer modo, a grande referência salvadorenha. Tratou-se de uma obra de US\$ 460 milhões, constituída principalmente pela ro-

dovia *Longitudinal del Norte*, com cerca de 300 quilômetros de extensão. Outorgaram-se 13 contratos com valor individual médio entre US\$ 15 milhões e US\$ 20 milhões. Em 11 desses contratos, houve apresentação de pleitos, formando-se, então, as “mesas” (que foram, no total, 12).

A maioria das disputas tinha como objeto a interpretação do contrato. As decisões das mesas foram acolhidas sem maiores dificuldades. Em oito delas, não houve arbitragem posterior. Nas quatro restantes, os tribunais arbitrais confirmaram as decisões das mesas.

El Salvador consagrou o uso de *Dispute Boards* em sua legislação. A *Ley de Asocio Público-Privado* inclui, como meio de solução de conflitos, a submissão a uma mesa de especialistas:

Arreglo directo y mesa de especialistas. Art. 93. *Las partes contractuales procurarán inicialmente la solución de sus controversias mediante el arreglo directo, pudiendo cualquiera de ellas solicitarlo por escrito a la otra, una vez se identifiquen los puntos en discordia. La fecha de recepción de esta solicitud determinará el inicio del arreglo directo.*

Si desde la fecha de recepción de la solicitud de arreglo directo transcurriera el plazo de treinta días sin lograr acuerdos totales, las partes estarán en la obligación de nombrar cada una de ellas a un especialista en la materia sobre la cual versaren los puntos en discusión. Los especialistas dispondrán de un plazo de sesenta días, contados a partir del nombramiento del último especialista, para proponer a las partes las formas de solventar las diferencias que no hubieran sido superadas en la etapa de arreglo directo. Los hono-

A experiência salvadorenha teve início com a utilização de painéis *ad hoc*, ou seja, aqueles que, em vez de se constituírem no início do contrato de construção para acompanhamento de toda a obra, são formados somente depois do surgimento de uma controvérsia. Essa modalidade é fortemente desestimulada,

¹⁴ GUZMÁN, Carlos A. Peñate, *Las mesas de resolución de disputas como mecanismo que viabiliza la continuidad en los proyectos de construcción: la experiencia en El Salvador*. Disponível em: <<http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol23.pdf>>



“O GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO BUSCOU, PARA A EXECUÇÃO DAS OBRAS, FINANCIAMENTO DO BANCO MUNDIAL [...] ESSE AGENTE FINANCIADOR EXIGE A IMPLANTAÇÃO DE DISPUTE BOARDS NOS CONTRATOS DAS OBRAS POR ELE FINANCIADAS.”

rarios de cada especialista serán cubiertos por la parte que los nombrare.

Guzmán¹⁵ assim comenta o dispositivo:

Aunque en forma timorata, la nueva Ley incluye una especie de Mesa de Solución de Disputas. Tímida porque tiene carácter recomendatorio su decisión. Son propuestas las que formulan a las partes. En materia tan importante como los APP, personalmente se recomienda que el mecanismo de las DAB, debe ser parte de la regulación legal, pues existen sobradas similitudes en complejidad, dimensión, e impacto social, con los contratos de obra Pública. De hecho buena parte de los APP serán sin duda para la construcción y financiamiento de Obras Públicas.

Brasil

A experiência brasileira é, ainda, muito incipiente.

Nossa maior referência é a Junta de Solução de Disputas formada, em 2005, no contrato de construção da Linha 4 (Amarela) do metrô de São Paulo.

O painel, composto de três engenheiros,¹⁶ foi dissolvido em 2016 em razão do encerramento das obras e apreciação da totalidade dos conflitos que lhe foram submetidos.

O Governo do Estado de São Paulo buscou, para a execução das obras, financiamento do Banco Mundial, e, conforme já mencionado anteriormente, esse agente financiador exige a

implantação de *Dispute Boards* nos contratos das obras por ele financiadas.

A modalidade escolhida pelas partes foi o DRB. As manifestações da Junta se davam, portanto, sob a forma de *recomendações*, sem força vinculante.

O fato é que o contratante buscou a arbitragem em todas as ocasiões em que as recomendações da Junta contrariaram seus interesses e, nas arbitragens, sempre que recebeu decisão desfavorável, buscou o Judiciário.

Ficou claro, portanto, que a implantação do *Dispute Board* nesse contrato não teve como motor a solução de conflitos, mas simplesmente o atendimento de uma exigência do banco financiador.

De qualquer modo, os profissionais que atuaram como membros da Junta fizeram um trabalho sério e sofisticado, que sempre servirá como exemplo para as gerações futuras.

O Brasil esteve muito próximo de viver outra experiência significativa que, infelizmente, acabou naufragando.

A empresa Rio 2016, Sociedade de Propósito Específico (SPE) criada para promover os Jogos Olímpicos e administrar as obras necessárias à sua viabilização, contratou, em 2015, a *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF) para capacitar profissionais das áreas jurídica e de engenharia, com a finalidade de utilizá-los como membros de painéis que seriam instituídos nos contratos de construção das estruturas provisórias para os Jogos. O mote dessa iniciativa era a inexorabilidade dos prazos: as obras não poderiam atrasar, pois os Jogos Olímpicos tinham data para iniciar, sendo impossível modificá-la. Logo, eventuais impasses entre as partes teriam de ser resolvidos com extrema rapidez, de modo a não impactar nos cronogramas das obras.

¹⁵ Op. cit., p. 98.

¹⁶ A constituição final do painel foi: Jorge Pinheiro Jobim, Roberto Ricardino e Rui Arruda Camargo.

Os *workshops* de formação foram realizados¹⁷ em duas ocasiões, em São Paulo e no Rio de Janeiro. Uma lista de profissionais de alto nível foi criada. Porém, ao final, a decisão do Comitê Olímpico foi a de não instituir os painéis, deixando para fazê-lo somente em caso de surgimento de conflitos — *ad hoc* —, o que acabou ocorrendo em apenas duas ocasiões.

O Brasil ainda não dispõe de legislação que consagre a utilização de *Dispute Boards*, muito embora haja espaço para tanto.

A Lei de Concessões (lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995) prevê, em seu art. 23-A, instituído pela lei nº 11.196/2005, a possibilidade de métodos alternativos de solução de conflitos. O dispositivo se refere nominalmente à arbitragem, mas abre espaço para outros métodos:

¹⁷ Os workshops foram ministrados por Jerry Brodsky, Christopher Myers, Victor Madeira e Fernando Marcondes.



*Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de **mecanismos privados para resolução de disputas** decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (sem grifos no original)*

A Lei de Parcerias Público-Privadas (lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004) contém dispositivo quase idêntico:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

I — (...)

II — (vetado)

*III — o emprego dos **mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato. (grifo nosso)*

O Estado de Minas Gerais tem legislação própria a respeito de Parcerias Público-Privadas. Trata-se da lei nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003. Em seu art. 13, *caput*, encontra-se dispositivo em tudo semelhante aos das leis federais acima citadas:

*Os instrumentos de parceria público-privada previstos no art. 11 desta Lei **poderão estabelecer mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem**. (grifo nosso)*

Curioso notar que o texto utiliza a expressão “mecanismos amigáveis” e inclui nessa categoria a arbitragem, que, embora necessite de consenso para a sua instituição, não pode ser entendida como um meio amigável de composição, já que se trata de verdadeiro processo litigioso que culmina com uma decisão proferida por terceiros (heterocomposição, diferente da autocomposição que caracteriza os métodos amigáveis).

A Lei de PPPs do Estado de São Paulo (lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004) traz o mesmo defeito:

Art. 11 — Os instrumentos de parceria público-privada poderão prever mecanismos amigáveis de solução das divergências

contratuais, inclusive por meio de arbitragem, nos termos da legislação em vigor.

Parágrafo único — Na hipótese de arbitramento, os árbitros deverão ser escolhidos dentre os vinculados a instituições especializadas na matéria e de reconhecida idoneidade.

O parágrafo único é ainda mais defeituoso ao chamar de arbitramento aquilo que, aparentemente, seria a arbitragem (corretamente nominada no *caput*).

Felizmente para o *Dispute Board*, as duas legislações estaduais, ao denominarem de amigável a arbitragem, que é um método de heterocomposição, abriram espaço para que se utilize os DBs, que possuem característica mista — já que a primeira função dos membros dos painéis é buscar o entendimento das partes, deixando a emissão de recomendações ou decisões apenas para os casos em que esse entendimento não for possível.

Essa característica primeira de autocomposição que marca o *Dispute Board* é, inclusive, narrada pelos membros da Junta de Solução de Disputas da Linha Amarela, bem como pelos participantes dos DBs da obra do Canal do Panamá. Eles comentam que o número de desentendimentos resolvidos por acordo durante as sessões dos DBs é, muitas vezes, maior do que os temas que foram objeto de recomendações ou decisões formais.

CONCLUSÕES

De todo o exposto, o que podemos deduzir é que, enquanto os países de *common law* utilizam o *Dispute Board* largamente, com resultados excepcionalmente positivos, os países latinos, todos de *civil law*, ainda são,

com poucas exceções, reticentes na sua implantação efetiva.

No Brasil, em que pesem as poucas experiências reais, o assunto vem despertando o interesse da comunidade empresarial e jurídica. Diversos congressos e seminários foram realizados tendo o *Dispute Board* como tema e outros tantos, ainda que não inteiramente dedicados a ele, o tiveram como parte de suas discussões.

O Instituto de Engenharia de São Paulo já dispõe de regulamento e oferece lista de profissionais habilitados. O Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil—Canadá também possui regulamento, que está sendo revisado e modernizado. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Federação das Indústrias do Estado de São

Paulo tem o assunto entre suas preocupações e estuda a aprovação de um regulamento. A Câmara FGV de Mediação e Arbitragem, no Rio de Janeiro, vive a mesma situação.

Além de artigos e capítulos de livros, há trabalhos acadêmicos dedicados ao tema.¹⁸

O Instituto Brasileiro de Direito da Construção (IBDiC) tem no *Dispute Board* uma de suas principais bandeiras. Por isso, tem contribuído com todas as entidades citadas para a promoção, divulgação e instituição da ferramenta no ambiente jurídico e empresarial brasileiro.

Esperamos que a sua utilização se generalize nos próximos anos, o que certamente contribuirá para reduzir os custos e aumentar a segurança dos grandes empreendimentos de infraestrutura, dos quais o país tanto necessita.●

18 MARTIGNAGO, Stefania Dal Canton, tese de láurea, *Aspectos jurídicos de solução de controvérsias — Dispute Resolution Boards — em contratos internacionais de construção*. FAAP, 2012, orientador: prof. Fabrício Bertini Pasquot Polido.
SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka, tese de doutorado, *Dispute Boards: meio de prevenção de controvérsias*, PUC-SP, 2013, orientador: prof. Dr. Cláudio Finkelstein. Trabalho publicado pela Editora Arraes em 2016, com revisão e prefácio de Fernando Marcondes.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A ARBITRAGEM NO BRASIL

O Novo Código de Processo Civil (Novo CPC) representou um avanço em diversas áreas principalmente ao considerar os meios alternativos para a solução de conflitos. Neste artigo, Ivan Nunes Ferreira reflete sobre o uso da arbitragem no Brasil, analisando, sobretudo, seu exercício após o Novo CPC, que foi promulgado em 2015 e entrou em vigor em março de 2016. Nesse sentido, são desenvolvidas comparações com o antigo Código de Processo Civil, de 1973, e esmiuçadas as principais inovações do Novo CPC. O autor também aponta desafios e alternativas para a melhor eficácia do código atual.

IVAN NUNES FERREIRA

Advogado

Formado em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). É sócio do escritório Nunes Ferreira, Vianna Araújo, Cramer e Duarte Advogados, fundador e professor da Escola Superior de Advocacia e professor titular licenciado de processo civil da PUC-RJ. Também é presidente da Comissão Permanente de Direito Processual Civil e membro da Comissão de Arbitragem do Instituto dos Advogados Brasileiros, além de membro da Comissão de Arbitragem da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional do Rio de Janeiro.

O novo Código de Processo Civil (Novo CPC) trouxe inúmeras inovações para a solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário e também para a arbitragem no país — já bem difundida por aqui —, em razão da possibilidade de as partes, na arbitragem, interferirem na escolha dos árbitros e da maior celeridade do procedimento arbitral, em comparação com o letárgico processo judicial brasileiro.

Dentre as grandes novidades introduzidas pelo Novo CPC, na esfera do processo civil estatal, eu iniciaria pelo estímulo à prévia conciliação ou mediação (art. 3º, § 3º);¹ depois, a possibilidade de modulação do procedimento judicial, com o estabelecimento de calendário próprio, de acordo com a vontade das partes (art. 191);² o maior rigor na fundamentação das decisões judiciais (art. 489, § 1º e seus incisos);³ e os prazos correndo apenas em dias úteis (art. 219).⁴

1 Art. 3º, § 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”.

2 Art. 191: “De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”.

3 Art. 489, § 1º: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I — se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II — empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III — invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV — não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V — se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI — deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

4 Art. 219: “Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis”.

Além disso, pelo novo código, os advogados poderão desfrutar de férias de 30 dias, entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, período durante o qual não correrão os prazos processuais e tampouco haverá audiências (art. 220),⁵ o que não é pouco, diante do trabalho estressante imposto pelo exercício da advocacia.

Ressalta-se que a referida exigência de que as decisões sejam bem fundamentadas (art. 489, § 1º e seus incisos)³ é a tradução, para o Judiciário, da democracia, no que ela significa para o sistema político. Uma decisão democrática, não autoritária, é uma decisão bem fundamentada.

Entretanto, o “coração” do Novo CPC encontra-se no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 976)⁶ e no sistema de Precedentes (arts. 498, § 1º, inciso VI,³ e 926, *caput* e § 2º),⁷ que visam dar previsibilidade aos usuários do sistema judiciário. Importação, em parte, da lógica do sistema de *Common Law*, os precedentes vinculantes, assim como a uniformização das decisões em casos reiterados e semelhantes, por certo trarão mais segurança jurídica aos brasileiros e a investimentos estrangeiros no país.

5 Art. 220: “Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive”.

6 Art. 976: “É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I — efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II — risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

7 Art. 926, *caput* e § 2º: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. (...) Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Nesse sentido, leiam-se as lições do professor Alexandre Câmara, na sua recente obra “*O Novo Processo Civil Brasileiro*”:

A técnica de decidir a partir de precedentes, empregando-os como princípios argumentativos, é uma das bases dos sistemas jurídicos anglo-saxônicos, ligados à tradição jurídica do *common law*. (...) o que se tem no Brasil é a construção de um sistema de formação de decisões judiciais com base em precedentes adaptados às características de um ordenamento de civil law.

Decidir com base em precedente é uma forma de assegurar o respeito a uma série de princípios constitucionais formadores do modelo constitucional de processo brasileiro. **O sistema brasileiro de precedentes judiciais busca assegurar, precipuamente, isonomia e segurança jurídica.**⁸

É que muitos juízes e tribunais, em nome de uma suposta ‘liberdade de decisão’, davam a casos rigorosamente iguais soluções completamente diferentes. **Inaugurou-se, então, no Brasil o que se chegou a chamar de jurisprudência lotérica, já que o resultado muitas vezes dependia da distribuição por sorteio e, dependendo do juízo para o qual o processo fosse distribuído, o resultado final poderia variar completamente.**

8 Câmara, Alexandre Freitas. “*O Novo Processo Civil Brasileiro*”. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 428 (grifou-se).

“Por conta disso, o CPC de 2015 criou um mecanismo destinado a assegurar que casos iguais recebam resultados iguais: IRDR (*incidente de resolução de demandas repetitivas*) (...) Através deste incidente, então, **produz-se uma decisão que, dotada de eficácia vinculante, assegura isonomia (já que casos iguais serão tratados igualmente) e segurança jurídica** (uma vez que, estabelecido o padrão decisório a ser observado, de forma vinculativa, pelos órgãos jurisdicionais em casos idênticos, será possível falar-se em previsibilidade do resultado do processo)”.⁹

Por outro lado, no que diz respeito à arbitragem, o Novo CPC revela influências positivas e recíprocas entre a lei processual, o instituto da arbitragem e a sua prática no país.

OS CAMINHOS DA LEI DE ARBITRAGEM

Da época do Código de Processo Civil de 1973 até os dias de hoje, houve uma radical evolução do regramento do juízo arbitral, seguida por uma enorme proliferação de arbitragens domésticas e internacionais, que levaram o Brasil a se posicionar entre os cinco países com o maior número de demandas

9 Câmara, Alexandre Freitas. “*O Novo Processo Civil Brasileiro*”. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 480 (grifou-se).

arbitrais junto à Câmara de Comércio Internacional,¹⁰ a mais importante do mundo.

Vale recordar como o antigo código dispunha sobre o referido instituto no Brasil.

A lei processual revogada, nos seus arts. 1.072 e seguintes, previa o compromisso arbitral, no qual as partes deveriam discorrer sobre o objeto do litígio, **com todas as suas especificações**, inclusive, apontando o seu valor. Além disso, a sentença arbitral, dentre inúmeras outras exigências, também dependia de homologação judicial. Tudo isso, por óbvio, tornava a arbitragem praticamente inexistente no país.

Todavia, conforme o disposto no art. 44¹¹ da Lei de Arbitragem (lei nº 9.307/96), que entrou em vigor em novembro de 1996, foi revogado o Capítulo XIV, “Juízo Arbitral”, do Código de Processo Civil de 1973. Com isso, até que as disposições do Novo CPC viessem a adquirir eficácia, em 16 de março de 2016, a arbitragem funcionava, na lei processual civil, apenas como uma preliminar de contestação, podendo ser utilizada pela parte quando esta quisesse se opor à jurisdição estatal.

Tal cenário foi drasticamente transformado pela edição do Novo CPC. O novo diploma processual entrou em vigor pouco tempo após a chegada da lei nº 13.129/2015. Esta última alterou significativamente a Lei de Arbitragem e adquiriu eficácia em julho de 2015.

É patente a influência do instituto da arbitragem em diversas normas desse novo código. A mencionada modulação do calendário

processual (art. 191),² por exemplo, constitui inegável influência do procedimento arbitral, no qual as partes, ao firmarem o Termo de Arbitragem, estabelecem as normas procedimentais e o calendário que regerão o procedimento. Contudo, resta saber se será possível às partes exercer, com habitualidade, essa modulação do procedimento no ambiente judicial, em que os juízes têm de decidir milhares de causas sobre os mais variados assuntos. Fica difícil imaginar a possibilidade de adequar esse sistema a calendários específicos de determinadas ações; parece-me algo improvável principalmente nas grandes capitais, onde o Judiciário não consegue dar conta das milhões de demandas judiciais da população. Em contrapartida, na arbitragem, mesmo os árbitros mais demandados têm não mais do que poucas dezenas de casos para decidir. Portanto, a modulação, prevista na nova lei processual, poderá ocorrer em um ou outro caso, em uma ou outra circunstância, muito específicos, não devendo, ao meu ver, o instituto ter aplicação corriqueira.

O Novo CPC criou a carta arbitral (arts. 69, § 1º e 2º, e 260, § 3º), que já vem sendo um instrumento valioso para a harmonização entre os sistemas da Justiça Estatal e Arbitral. Nas palavras do professor Fredie Didier Junior, com a carta arbitral, “*consagra-se expressamente a possibilidade de pedido de cooperação entre o árbitro e juiz*”, conferindo, assim, efetividade às decisões arbitrais.¹² Esse instrumento do Novo CPC contribui grandemente para o desenvolvimento da arbitragem no país, pois facilita o cumprimento de decisões e sentenças arbitrais, assim como a obtenção e apresentação de provas nas arbitragens. Anteriormente,

na era do antigo código de 1973, os árbitros não tinham um instrumento específico para fazerem valer suas determinações, quando houvesse resistência da parte obrigada ao cumprimento da decisão.

Relevante contribuição da prática arbitral ao Novo CPC encontra-se no seu art. 10º, inserido no Livro I, Capítulo I, que trata das Normas Fundamentais do Processo Civil, segundo o qual: “*o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício*”. Antes da edição do novo código, a regra positivada em seu art. 10º já se encontrava consolidada na prática arbitral. Ou seja, não vale na arbitragem — e não vale mais no Processo Civil — o tradicional princípio de *da mihi factum, dabo tibi ius*¹³ e o de *iura novit curia*.¹⁴

Na verdade, no Novo CPC, suprimiu-se o elemento-surpresa dos processos judiciais, há muito já afastado nas arbitragens. Diversas vezes, as partes se deparavam com sentenças baseadas em dispositivos que sequer foram tratados durante o procedimento, como, por exemplo, aqueles relativos ao reconhecimento de prescrição, à decadência de direitos, à ilegitimidade processual etc., não alegados pelas partes.

Como se viu, o Novo CPC exige, diante da possível aplicação de determinados institutos jurídicos (ainda não trazidos ao debate), que o juiz determine às partes que se manifestem sobre a sua aplicação ao caso antes de qualquer decisão, como ocorre na arbitragem.

O código processual, em nova reverência ao instituto da arbitragem, no seu art. 1.012,

Esse instrumento [a carta arbitral] do Novo Código de Processo Civil contribui grandemente para o desenvolvimento da arbitragem no país, pois facilita o cumprimento de decisões e sentenças arbitrais, assim como a obtenção e apresentação de provas nas arbitragens. Anteriormente, na era do antigo código de 1973, os árbitros não tinham um instrumento específico para fazerem valer suas determinações, quando houvesse resistência da parte obrigada ao cumprimento da decisão.

10 “A arbitragem, um dos principais métodos alternativos para resolução de conflitos, ganha cada vez mais espaço no Brasil. A Câmara de Comércio Internacional coloca o Brasil como quarto país em relação ao número de usuários da prática, atrás apenas de Estados Unidos, Alemanha e Canadá.” (“Brasil é quarto país com mais usuários de arbitragem”. Notícias, CBar, 29.03.2014, disponível em: <<http://cbar.org.br/site/blog/noticias/brasil-e-quarto-pais-com-mais-usuarios-de-arbitragem>>.)

11 Artigo 44, lei nº. 9.307/96: “Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os arts. 101 e 1.072 a 1.102 da lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário”.

12 “A Arbitragem no Novo Código de Processo Civil (versão da Câmara dos Deputados: Dep. Paulo Teixeira)”. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. São Paulo, v. 79, n. 4, p. 73—81, out./dez. 2013, pp. 74/75.

13 Em livre tradução: “dá-me os fatos e eu te darei o direito.”

14 Em livre tradução: “o Tribunal conhece o direito.”

caput e § 1º, inciso IV,¹⁵ deu eficácia imediata à sentença que julga procedente o pedido de instituição de arbitragem. Assim, não terá efeito suspensivo a apelação contra a sentença que julga procedente o pedido de instituição de arbitragem, quando uma das partes resiste a se submeter ao procedimento arbitral. De igual forma, ao estabelecer os casos restritos em que cabe agravo de instrumento de decisões interlocutórias, o legislador escolheu incluir, como uma das hipóteses desse rol, a decisão que rejeita a preliminar de convenção de arbitragem. Caso o juízo de primeiro grau venha a rejeitar alegação da contestante de que a causa deveria ser submetida ao procedimento arbitral, e não ao estatal, tal decisão poderá ser logo examinada pelo Tribunal de Justiça. Dessa forma, a decisão que rejeita a preliminar de convenção de arbitragem não se submete ao sistema do art. 1.009 do Novo CPC,¹⁶ visto que não seria razoável somente possibilitar sua impugnação em posterior apelação.

Muito embora o Novo CPC tenha contribuído para a consolidação do instituto da arbitragem no país, a retirada da “*Alegação de Convenção de Arbitragem*” do projeto de lei tem suscitado enorme polêmica. Esse incidente foi defendido pela Ordem de Advogados do Brasil e pelo Instituto dos Advogados Brasileiros; contudo, acabou sendo retirado do projeto do Novo CPC ao final de sua tramitação.

A Alegação de Convenção de Arbitragem visava permitir que uma parte, demanda-

da no Judiciário, pudesse, logo no primeiro momento, alegar a existência de convenção de arbitragem, a fim de deslocar o litígio da jurisdição estatal para a arbitral. A petição que alegasse a existência de convenção de arbitragem teria o efeito de interromper o prazo para contestar. Esse prazo começaria a correr, por inteiro, a partir da decisão que rejeitasse a alegação. Por outro lado, o acolhimento da alegação de existência de convenção de arbitragem acarretaria a extinção do processo sem resolução de mérito.

A razão arguida para a retirada do incidente do projeto seria a sua incompatibilidade com o novo sistema processual, permeado pela ideia de um processo sem entraves e incidentes, em linha reta, rumo à sentença final. Com a aludida retirada, a arguição de convenção de arbitragem manteve-se apenas como uma preliminar de contestação (art. 337, *caput* e inciso X),¹⁷ o que não me parece ser o mais adequado.

Não se pode vislumbrar um sistema processual razoável em que a parte tenha de alegar a existência de uma convenção de arbitragem na contestação, antecipando todo o conteúdo da sua defesa. Imagine-se que, após réplicas e tréplicas, o juiz, quem sabe, no saneamento do processo, venha a concluir que a jurisdição seria arbitral, e não estatal. Nesse caso, toda a atividade jurisdicional até aquele momento seria desperdiçada, quando, se previsto o incidente, tal decisão poderia se dar em um questionamento preliminar, com interrupção do prazo para contestar. Cumpre lembrar ainda que obrigar o demandado a alegar a existência de convenção arbitral como preliminar de contestação constituiria violação da confidencialidade que recai sobre o litígio, caso as partes tenham-na previsto na convenção arbitral. Nessa seara, impõe-se

15 Art. 1.012: “A apelação terá efeito suspensivo.
§1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:
IV — julga procedente o pedido de instituição de arbitragem”.

16 Art. 1.009: “Da sentença cabe apelação.
§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.
§ 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.
§ 3º O disposto no *caput* deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 integrarem capítulo da sentença”.

17 Art. 337: “Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...) X — convenção de arbitragem”.

“A ALEGAÇÃO DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM VISAVA PERMITIR QUE UMA PARTE, DEMANDADA NO JUDICIÁRIO, PUDESSE, LOGO NO PRIMEIRO MOMENTO, ALEGAR A EXISTÊNCIA DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM, A FIM DE DESLOCAR O LITÍGIO DA JURISDIÇÃO ESTATAL PARA A ARBITRAL.”

a leitura da lição do professor Fredie Didier, referindo-se à regra contida no código revogado:

*apresentadas tão somente perante o juízo arbitral.*¹⁹

Assim, não é adequada ao sistema da arbitragem uma regra, como a do atual CPC, que imponha ao réu o ônus de alegar, ao mesmo tempo, a existência de convenção de arbitragem e todo o resto da defesa, inclusive de mérito, para a eventualidade de a primeira alegação ser rejeitada. *Dessa forma, o réu se prejudica, pois não se lhe garante o sigilo, contratualmente já previsto. Note que, mesmo se o órgão jurisdicional garantisse o segredo de justiça ao processo em que tais alegações foram apresentadas (art. 189, IV, do NCPC,¹⁸ regra nova e que merece elogios), o direito do réu permanecerá sendo violado, pois o sigilo arbitral lhe garante, também, que essas alegações sejam*

Observe-se, ainda, que o magistrado não pode declarar a existência da convenção de arbitragem *ex officio*, porque, se não alegada pela parte interessada, entende-se que esta renunciou tacitamente à jurisdição arbitral (art. 337, § 5º). Perceba-se, portanto, que, sob o Novo CPC, um caráter negocial é atribuído ao silêncio do demandado quanto à existência de convenção de arbitragem entre as partes, gerando um distrato tácito.²⁰ Para contornar os problemas decorrentes da retirada da Alegação de Convenção de Arbitragem, surgiram diversas propostas, dentre as quais destaco duas.


A primeira, aventada pelo processualista e arbitralista José Antonio Ficht-

18 Art. 189: “Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

IV — que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”.

19 “A Arbitragem no Novo Código de Processo Civil (versão da Câmara dos Deputados: Dep. Paulo Teixeira)”. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 4, p. 73–81, out./dez. 2013, p. 77.

20 “A Arbitragem no Novo Código de Processo Civil (versão da Câmara dos Deputados: Dep. Paulo Teixeira)”. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 4, p. 73–81, out./dez. 2013, p. 76.



ner,²¹ sugere que a existência de convenção de arbitragem seja alegada por mera petição avulsa, logo no início do processo, com base analógica na “Exceção de Pré-Executividade”. Nessa petição avulsa, o demandando discorreria sobre o contrato e a cláusula arbitral nele inserida, e formularia pedido de imediata decisão judicial sobre a jurisdição. Veja como discorre o jurista a respeito:

O texto final permite que a parte renitente persiga por meses uma via diversa da contratada, sem benefício social algum equivalente. Além disso, pode vir a obrigar a outra parte a ter que, pelo princípio da eventualidade, abrir prematuramente toda a sua estratégia em juízo. O resultado final ofende o princípio da duração razoável do processo e gera indesejável insegurança jurídica, por permitir, em tese, que existam, contemporaneamente, arbitragens contratadas pelas partes, com ações judiciais, formando verdadeira litispendência externa.

A doutrina e a jurisprudência já mostram inconformismo em relação a situações com idêntico grau de iniquidade. O exemplo que parece constituir o melhor paralelo é o da criação da exceção de pré-executividade. O instituto foi admitido, à margem de expressa autorização legal, permitindo que execuções fadadas ao insucesso pudessem ser extintas, sem os ônus legais e financeiros (...).

Assim que é hora de se pensar na utilização da exceção de pré-conhecimento, fundada na existência de convenção de arbitragem. Tal instrumento permitirá que o juiz, impossibilita-

do de conhecer de ofício da existência da convenção, por se tratar de direito disponível, possa, a partir de requerimento da parte, extinguir o processo, sem julgamento do mérito.

Em reforço dessa sugestão, acrescento o teor do art. 340, §§ 3º e 4º, que permite a suspensão do processo, quando se trata de arguição de incompetência, para exame de tal matéria. Com muito mais razão, justifica-se tal sobrestamento quando a matéria em discussão trata da jurisdição, mormente diante do princípio da competência-competência, segundo o qual o árbitro ou o Tribunal Arbitral é o primeiro competente para deliberar sobre a sua própria competência — princípio positivado no art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem.²²

Uma outra hipótese para se contornar a exclusão da Alegação de Convenção de Arbitragem decorre da dicção do art. 485, inciso VII, segunda parte, do Novo CPC,²³ segundo o qual o juiz não resolverá o mérito quando “acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer a sua competência”.

Diante da segunda parte do inciso VII do art. 485, o demandado poderia, tão logo citado para participar do processo judicial, pedir a instauração do juízo arbitral, com base na convenção de arbitragem. Com isso, à luz do ora citado princípio da competência-competência, o demandado forçaria o reconhecimento da jurisdição do árbitro ou do Tribunal Arbitral para processar e julgar o conflito.

21 FICHTNER, José Antonio. “Alegação de Convenção de Arbitragem no novo CPC”. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226957,51045-Alegacao+de+convencao+de+arbitragem+no+novo+CPC>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2017.

22 Art. 8º, parágrafo único: “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

23 Art. 485: “O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VII — acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”.

A regra da Kompetenz-kompetenz estabelece uma prioridade: na pendência de processo arbitral, quem tem de primeiro analisar questões relativas à competência ou à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem é o próprio árbitro ou Tribunal Arbitral. Ela não elimina a possibilidade de exame pelo Poder Judiciário dessas questões ou torna esses temas imunes à apreciação do juiz estatal: apenas posterga a eventual análise deles para uma ação anulatória ajuizada pela parte que se sentiu prejudicada. Essa regra estabelece, pois, uma ordem cronológica eventual (...) Portanto, a regra da Kompetenz-kompetenz do juízo arbitral é um impedimento a priori à cognição do juízo estatal, na pendência de processo arbitral.²⁴

Inclusive, à luz da regra contida na segunda parte do inciso VII do art. 485 do Novo CPC, foi aprovado, no Rio de Janeiro, o enunciado nº153, editado pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, cujo conteúdo se transcreve abaixo:

A superveniente instauração de procedimento arbitral, se ainda não decidida a alegação de convenção de arbitragem, também implicará **a suspensão do processo, à espera da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência.** (Grupo: Arbitragem)²⁵

Ocorre que as duas alternativas às quais me referi se apresentam, de certo modo, ariscadas. No primeiro caso, como o Novo CPC

24 "A Arbitragem no Novo Código de Processo Civil (versão da Câmara dos Deputados: Dep. Paulo Teixeira)". Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 4, p. 73–81, out./dez. 2013, p. 79/80.

25 Aprovado em 25–27 de abril de 2014.

prevê que a existência de convenção de arbitragem deve ser alegada em sede de contestação, há o risco de o magistrado entender que a petição avulsa importa em preclusão consumativa, tornando verdadeiros os fatos não contestados. Essa preclusão consumativa caracteriza-se pela prática de um ato processual, ainda que de forma incompleta ou errada, sem possibilidade de repetição.

A respeito, leia-se abaixo a lição do professor Cassio Scarpinella Bueno:

(...) assim, ainda que o réu alegue a convenção de arbitragem, terá que apresentar, de vez, todas as suas alegações meritórias, ainda que, acolhida a preliminar, as partes sejam conduzidas à arbitragem. Evidentemente, o réu poderá se limitar a arguir a existência da convenção, mas, dentro da dinâmica do direito processual civil — e à míngua de regra específica como aquela que propusera o Projeto da Câmara — sua rejeição terá o condão de trazer desastrosas consequências para o réu, a principal delas a de o magistrado poder presumir a veracidade dos fatos alegados pelo autor (art. 341, caput) e, com isto, acolher seu pedido.²⁶

Enfim, como a Alegação de Convenção de Arbitragem deve ser feita como preliminar de contestação, corre-se o grave risco de o juiz da causa entender que tal petição avulsa serve como contestação, tornando incontroversos os fatos alegados pelo autor. Já houve casos em que o juiz aceitou tal petição avulsa, tendo decidido sobre a jurisdição, sem outras consequências. Por outro lado, também existem casos em que o juiz considerou ine-

26 Manual de Direito Processual Civil. 2ª Ed. São Paulo: 2014, pp. 315/316 (grifou-se).

xistente a petição, porque o Novo CPC estabelece o momento próprio para a alegação de existência de convenção de arbitragem — e, em um desses últimos casos, houve a perda do prazo para contestar.

Quanto à segunda sugestão, baseada no art. 485, inciso VII, segunda parte, do Novo CPC, o risco está na demora na constituição do Tribunal Arbitral ou até mesmo na nomeação de Árbitro Único, se não aplicada a Súmula nº 153 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, anteriormente transcrita. Além da demora intrínseca às formalidades que cercam tais procedimentos de constituição do Tribunal Arbitral, há também a possibilidade de o autor da ação judicial tentar evitar que tal constituição se dê antes do prazo para contestar, retardando, propositivamente, o andamento do procedimento

arbitral. Não obstante, ressalta-se que, com o Novo CPC, as chances de constituição do Tribunal Arbitral anterior ao prazo de contestação têm aumentado, na medida em que o diploma legal exige a realização de uma audiência de conciliação ou mediação (arts. 334²⁷ e 335, inciso I),²⁸ antes do início do prazo para contestar.

Acontece que é mais fácil ser criativo na interpretação da lei do que no exercício da advocacia, com os riscos que ela traz. Valente será o advogado que, antes da consolidação de uma jurisprudência que pacifique a acei-

27 Art. 334: "Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência".

28 Art. 335: "O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data: I — da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição".



“Não se admite que se continue a movimentar desnecessariamente a máquina judiciária para litígios destinados à jurisdição arbitral. Recentemente, tivemos um caso em que, após seis anos de árdua batalha judicial, o STJ decidiu corretamente que a jurisdição era arbitral.”

tação de uma “*exceção de convenção de arbitragem*” (a referida petição avulsa), não prevista na legislação, apresente petição avulsa, em causa importante, correndo o risco da confissão ficta.

Por essas razões, entendo que se impõe uma alteração da legislação processual civil para a reintrodução da Alegação de Convenção de Arbitragem, luta que cabe aos órgãos representativos da advocacia nacional. A introdução da “*exceção de convenção de arbitragem*” no Novo CPC afastará a insegurança dos advogados na utilização de uma petição avulsa para alegar a existência de uma convenção arbitral, assim como na tentativa de se apressar a constituição do Tribunal Arbitral, para que este decida sobre a sua competência, antes de esgotado o prazo de contestação.

De qualquer forma, não se admite que se continue a movimentar desnecessariamente a máquina judiciária para litígios destinados à jurisdição arbitral. Recentemente, tivemos um caso em que, após seis anos de árdua batalha judicial, o STJ decidiu corretamente que a jurisdição era arbitral. Observe-se que esse transtorno seria evitável se existisse a Alegação de Convenção de Arbitragem.

INSTITUTOS RECOMENDÁVEIS

Mudando de assunto, passo a discorrer, a partir de agora, sobre dois institutos muito vivos na arbitragem, que poderiam ter sido incluídos no Novo CPC, mas não o foram. Vislumbro que esses institutos, pela suas vantagens e utilidade prática, deverão, no futuro breve, ser incluídos no procedimento previsto pela legislação processual civil brasileira. Falo sobre as testemunhas técnicas (*expert witness*) e a declaração prévia das testemunhas (*witness statement*).

A perícia no Processo Civil é custosa, demorada e, na maioria das vezes, impõe a necessidade de as partes nomearem assistentes técnicos. Normalmente, após o recebimento de laudos periciais, tem-se, em seguida, pedidos de esclarecimentos das partes, que podem, inclusive, gerar novos honorários periciais. Pior: nem sempre os peritos encontram-se à altura da complexidade técnica das matérias que lhes são submetidas. Ademais, na perícia judicial, é comum que magistrados, por ficarem distantes da elaboração do laudo pericial, acabem por praticamente transferir a decisão da causa para o perito quando ela envolve matéria eminentemente técnica.

As testemunhas técnicas (*expert witness*), ou seja, pessoas especializadas na matéria objeto da disputa, não são chamadas para elaborar um laudo pericial (como acontece com os peritos), mas para esclarecer o julgador, pessoalmente, em audiência, sobre os temas da sua especialidade. Por isso, a oitiva das testemunhas técnicas permite uma interação muito mais intensa e objetiva com a matéria, por parte do julgador e dos advogados das partes.

De igual maneira, o depoimento desses especialistas, em audiência, facilita a identificação de eventuais pontos de discordância entre os depoentes, hipótese em que, se insuperáveis essas discordâncias, justificar-se-ia o complemento da prova técnica por meio de perícia. As testemunhas técnicas podem evitar a necessidade de realização de uma perícia ou torná-la muito mais objetiva. Por outro lado, o questionamento pessoal das testemunhas técnicas pelos julgadores, bem como a inquirição delas, facilita a formação de convicções. Os temas são discutidos de forma mais dinâmica e elucidativa pelos advogados das partes, contribuindo para o esclarecimento de pontos duvidosos e controvertidos.

Outra prática arbitral cuja introdução no Novo CPC seria muito conveniente refere-se à declaração prévia das testemunhas sobre o tema de seu depoimento (*witness statement*). Se introduzida no processo civil brasileiro, obrigaria a testemunha a declarar, anteriormente, os fatos que serão objeto de seu depoimento. Sobre tal prática, leia-se o trecho da obra “*Evidence in International Arbitration: The Italian Perspective and Beyond*”:

In simple terms, the witness statement is a document, signed by the witness, which is meant to give a persuasive account of the witness’s knowledge of facts relevant to the dispute and material to its outcome. It provides factual support for counsel’s briefs and other submissions, as well as an opportunity for a party to tell its story in less legalistic language.²⁹

Com essa declaração prévia, deixaria de ocorrer o que acomete boa parte dos advogados ao se dirigirem a uma audiência: ficam totalmente “no escuro” quanto aos fatos relevantes sobre os quais deporá a testemunha. Hoje, no mais das vezes, os advogados só conhecem o estado civil, a profissão e o endereço das testemunhas da parte adversa.

Conforme ressaltado pelo jurista Nicolas Ulmer em seu artigo “*The Witness Statement as Disclosure*”, uma das grandes vantagens do *witness statement* é permitir aos patronos que se preparem para a audiência, cientes dos fatos sobre os quais cada testemunha irá depor:

²⁹ Em livre tradução: “Em termos simples, a declaração de testemunha é um documento, assinado pela testemunha, que pretende fornecer um relato persuasivo do conhecimento da testemunha sobre fatos relevantes à disputa e material para o seu desfecho. A declaração de testemunha oferece apoio fático para os dossiês do conselho e outras submissões e, além disso, apresenta uma oportunidade para que uma parte conte sua história em linguagem menos legalista.” **III. The Taking of Evidence**, Ferdinando Emanuele, Milo Mofa, et al., in: *Evidence in International Arbitration: The Italian Perspective and Beyond*. Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP; Thomson Reuters 2016, pp. 85–86.

(...) *factual witness statements (expert statements are a different animal) are designed to accomplish three somewhat overlapping purposes:*

1. **Efficiency:** *the WS [witness statement] is supposed to reduce the time in hearings by presenting all or most of the direct testimony in advance;*

2. **Evidence submission:** *the party or its counsel has prepared the WS in order to present a recital of pertinent facts and developments as lived or seen by that witness; and*

3. **Disclosure:** *the WS is a means of disclosure to adverse counsel and the Tribunal of what the witness knows and has to say about issues in the case.*³⁰

A instituição do *witness statement* só poderia trazer benefícios na instrução da causa e na busca pela verdade. Existe a crítica de que, ao redigir sua declaração, as testemunhas poderiam ser orientadas pelo advogado da parte que requereu sua oitiva. Entretanto, esse tipo de “preparação” já pode ocorrer hoje, antes do depoimento oral. De qualquer forma, com a declaração prévia, os advogados da parte adversa ficariam mais preparados para contradizer e inquirir as testemunhas.

Certamente, o Novo CPC deu um grande estímulo para a prática de arbitragem no país; em contrapartida, esse Código foi profundamente influenciado pelas práticas arbitrais domésticas e internacionais.

Alguns institutos da arbitragem poderiam, como se viu anteriormente, ter sido incorporados ao Novo CPC, mas, no geral, acredito que a nova lei processual contribuirá para uma justiça de melhor qualidade no país, assim como para fazer da arbitragem o mais adequado meio de solução de litígios, ao menos em matéria societária e comercial.

Sob o Novo CPC, se aplicados os institutos do Precedente e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas de forma inteligente, dar-se-á mais uniformidade e celeridade às causas consumeristas, àquelas que envolvam a responsabilidade civil extracontratual e às causas de família e inventários, que constituem a grande clientela do Judiciário na esfera civil.

A arbitragem, por sua vez, ocupará o espaço do Poder Judiciário no que tange às ações comerciais e societárias de alto valor econômico, e o Novo CPC contribuirá para que a arbitragem continue a ter, no país, o respaldo — que nunca lhe faltou — do Poder Judiciário. ●

30 Em livre tradução: “... declarações fatuais de testemunhas (declarações de especialistas são de outra natureza) são concebidas para cumprir três objetivos coincidentes:

1) Eficiência: a DT [declaração de testemunha] deve reduzir o tempo de audições, apresentando todos ou a maioria dos testemunhos diretos com antecedência

2) Apresentação de provas: a parte ou o conselho responsável tem preparado a DT para apresentar os fatos pertinentes e os desdobramentos como foram vivenciados ou presenciados pela testemunha; e

3) Divulgação: a DT é um meio de divulgação para um conselho adverso e o Tribunal para o que a testemunha sabe e tem a dizer sobre assuntos tratados no caso.” “*The Witness Statement as Disclosure*”, 26 de dezembro de 2014, Kluwer Arbitration Blog, disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/2014/12/26/the-witness-statement-as-disclosure/>.

