

ano 02 - n. 04 | julho/dezembro - 2020
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 2596-3201
R. Bras. Al. Dis. Res. – RBADR

Revista Brasileira de
ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

RBADR

FORUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

REVISTA BRASILEIRA DE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION – RBADR

© 2020 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

FÓRUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira
Projeto gráfico: Walter Santos
Capa: Allyson Alves

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do *e-mail* editorial@editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

R454 Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution - RBADR. – ano 1, n. 1
(jan./jun. 2019) –.- Belo Horizonte: Fórum, 2019-.

Semestral; 17cm x 24cm

ISSN 2596-3201

1. Direito. 2. Direito Processual Civil. 3. Direito Civil. I. Fórum.

CDD: 341.46
CDU: 347.9

Expediente

Conselho Editorial

PRESIDENTE

Gustavo da Rocha Schmidt (Presidente do CBMA, Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

EDITOR-CHEFE

Daniel Brantes Ferreira (Vice-Presidente de Assuntos Acadêmicos do CBMA, State University of New York at Buffalo Law School, Buffalo, NY, USA)

EDITORES-ASSISTENTES

Bianca Oliveira de Farias (Diretora de Assuntos Acadêmicos do CBMA, Universidade Cândido Mendes – UCAM, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Fernando Gama de Miranda Netto (Universidade Federal Fluminense - UFF, Niterói, RJ, Brasil)

CONSELHO EDITORIAL INTERNO - INTERNAL EDITORIAL BOARD

Presidente: *Rafael Carvalho Rezende Oliveira* (Procurador do Município do Rio de Janeiro, Centro Universitário IBMEC-RJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Bruno Freire e Silva (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Edson Alvisi Neves (Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil)

José Roberto de Castro Neves (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Luiz Fux (Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF - Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Nadia de Araujo (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Sergio Gustavo de Mattos Pauseiro (Universidade Federal Fluminense - UFF, Niterói, RJ, Brasil)

Vinicius Figueiredo Chaves (Universidade Federal Fluminense – UFF; Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL EXTERNO - NATIONAL EXTERNAL EDITORIAL BOARD

André Guilherme Lemos Jorge (Diretor do Programa de Mestrado em Direito da Uninove, São Paulo, SP - Brasil)

Alceu Mauricio Júnior (Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região - Universidade de Vila Velha - UVV, Vila Velha, ES, Brasil)

Alexandre de Souza Agra Belmonte (Ministro do Tribunal Superior do Trabalho - TST - Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB Centro Universitário - Brasília, DF, Brasil)

Azor Lopes da Silva Jr (Centro Universitário de Rio Preto - UNIRP, São José do Rio Preto, SP, Brasil)

Cármem Lúcia Antunes Rocha (Ministra do Supremo Tribunal Federal - STF, Brasília, DF, Brasil)

Camila Barreto Pinto Silva (Universidade Metropolitana de Santos - UNIMES, Santos, SP, Brasil)

Carolina Sena Vieira (Faculdade CESUSC, Florianópolis, SC, Brasil)

Eduardo José da Fonseca Costa (Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPRO, Ribeirão Preto, SP, Brasil)

Edson Fachin (Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF - Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, PR, Brasil)

Egon Bockmann Moreira (Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, PR, Brasil)

Elias Jacob de Menezes Neto (Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Natal, RN, Brasil)

Eneida Orbage de Britto Taquary (Faculdade Presbiteriana Mackenzie, Brasília, DF, Brasil)

Fabrcio Germano Alves (Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Natal, RN, Brasil)

Gustavo Henrique Justino de Oliveira (Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, SP, Brasil)

Ígor Danilevich (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre, RS, Brasil)

Leila Cuéllar (Procuradora do Estado - Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil)

Leonardo Nemer Caldeira Brant (Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG; Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas; Presidente do CEDIN, Belo Horizonte, MG, Brasil)
Lúcio Delfino (Universidade de Uberada - UNIUBE, Uberaba, MG, Brasil)
Luis Felipe Salomão (Ministro do Superior Tribunal de Justiça - STJ, Brasília, DF, Brasil)
Luiz Claudio Allemand (Centro Superior de Ciências Sociais de Vila Velha - ES; Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - ES; Fundação Getulio Vargas – FGV - ES; Faculdade Integradas de Vitória – FDV, Vitória, ES, Brasil)
Luiz Gustavo Escórcio Bezerra (Instituto Brasileiro de Estudos do Direito da Energia - IBDE, São Paulo, SP, Brasil)
Marco Félix Jobim (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC-RS, Porto Alegre, RS, Brasil)
Mateus Pereira (Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, Recife, PE, Brasil)
Nancy Andrighi (Ministra do Superior Tribunal de Justiça - STJ - Brasília, DF, Brasil)
Rafael Peteffi da Silva (Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, SC, Brasil)
Rodrigo Reis Mazzei (Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, Vitória, ES, Brasil)
Selma Maria Ferreira Lemes (Professora de Arbitragem. Integrou a Comissão relatora da Lei de Arbitragem. São Paulo, SP, Brasil)

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL - INTERNATIONAL EDITORIAL BOARD

President: *Jair Gevaerd* (Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR, Curitiba, PR, Brasil/ (Pepperdine School of Law – Straus Institute for Dispute Resolution, Los Angeles, California, USA)
Ajay Thomas (Faculty of Law, Manav Rachna University, Haryana, India)
Alberto Elisavetsky (President of ODR Latinoamerica and Director of the Observatory of Social Conflict, Universidad Nacional de Tres de Febrero - UNTREF, Buenos Aires, Argentina)
Aleksey V. Minbaleev (*Kufatin Moscow State Law University, Information Law and Digital Technology Department, Moscow, Russia Federation*)
Carolina Barboza Lima Barrocas (ADR Institute of British Columbia, Vancouver, British Columbia, Canada)
Christopher R. Drahozal (University of Kansas School of Law, Lawrence, Kansas, USA)
David Macquoid- Mason (*University of Kwazulu-Natal, Centre for Social-Legal Studies, Durban, South Africa*)
Elena Gladun (*Tyumen State University, Public Administration Department, Tyumen, Russia*)
Elizaveta A. Gromova (*South Ural State University, Institute of Law, Chelyabinsk, Russia Federation*)
Francisco Gomez-Abelleira (Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Spain)
Giampiero D'Alessandro (Camera Arbitrale - Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli, Naples, Italy)
Gloria Lim (*Director of the Legal Industry Division, Ministry of Law, Singapore*)
Gracious Timothy Dunna (Independent Advocate and Adjunct Lecturer, New Delhi, India)
John Henry Schlegel (State University of New York Law School at Buffalo, Buffalo, New York, USA)
Kenneth A. Dubin (IE Business School, Madrid, Spain)
Marcelo Rosadilla (Pepperdine School of Law – Straus Institute for Dispute Resolution, Los Angeles, California, USA)
Marcio Vasconcellos (Pepperdine School of Law – Straus Institute for Dispute Resolution e USC Gould School of Law, Los Angeles, California, USA)
Mario Spangenberg Bolívar (Facultad de Derecho - Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, Uruguay)
Maureen Arellano Weston (Pepperdine School of Law – Straus Institute for Dispute Resolution, Los Angeles, California, USA)
Martha E. Simmons (Osgoode Hall Law School, Toronto, Ontario, Canada)
Mohamed Faizal Mohamed Abdul Kadir (Society of Mediation Professionals, Singapore)
Nathan O'Malley (USC Gould School of Law, Los Angeles, California, USA)
Nazareth Serpa (Florida International University Law School, Miami, Florida, USA)
Olivier P. André (Senior Vice President da International CPR: International Institute for Conflict Prevention & Resolution, New York, New York, USA)
Paula Costa e Silva (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisbon, Portugal)
Paul Eric Mason (Silicon Valley Arbitration & Mediation Center, Palo Alto, California, USA)
Peter Sester (University of St. Gallen Law School, St. Gallen, Switzerland)
Prabhpreet Singh (Manipal University Jaipur School of Law, Jaipur, India)
Rohit Moonka (University of Delhi - Faculty of Law, Delhi, India)
Sai Ramani Garimella (South Asian University - Faculty of Legal Studies, New Delhi, India)
Sharon Press (Mitchell Hamline School of Law, Saint Paul, Minnesota, EUA)

Spyros Antonelos (RESOLVE Mediators & ADR Experts Associate, Athens, Greece e MEF Üniversitesi, Estambul, Turkey)
Sukhsimranjit Singh (Pepperdine School of Law – Straus Institute for Dispute Resolution, Los Angeles, California, USA)

Tat Lim (Aequitas Law LLP - Singapore & Maxwell Mediators, Singapore)

Thomas P. Valenti (Thomas P. Valenti Dispute Resolution Office, Chicago, Illinois, USA)

Tiago Serrão (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisbon, Portugal)

Tianbao QIN (Wuhan University School of Law, Wuhan, China)

Toni Jaeger-Fine (Fordham Law School, New York, New York, USA)

Tuba Bilecik (RESOLVE Mediators & ADR Experts Associate, Istanbul, Turkey)

DIRETORIAS ESPECIALIZADAS DO CBMA

Arbitragem

Ricardo Loretti Henrici – Vice-Presidente de Arbitragem do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Ana Carolina Weber – Diretora de Arbitragem do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

André Smilgin – Diretor de Arbitragem do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Flávio Spaccaquerche Barbosa - Diretor de Arbitragem do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Joaquim de Paiva Muniz - Diretor de Arbitragem do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Octavio Fragata - Diretor de Arbitragem do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Wilmar Luiz Graça Gonçalves - Diretor de Arbitragem do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Dispute Board

Augusto Barros de Figueiredo e Silva Neto – Diretor de Dispute Board do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Mediação

Andrea Maia – Vice-Presidente de Mediação do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Alexandre Assed – Diretor de Mediação do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Juliana Rodrigues Pinto – Diretora de Mediação do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Maria Pia Buchheim - Diretora de Mediação do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Mariana Freitas de Souza - Diretora de Mediação do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Wilson Pimentel - Diretor de Mediação do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

DIRETORIAS SETORIAIS DO CBMA

Eduardo Cavaliere - Vice-Presidente de Assuntos Chineses do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Luiza Chang – Diretora de Assuntos Chineses do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Daniel Brantes Ferreira – Vice-Presidente de Assuntos Acadêmicos do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Bianca Oliveira de Farias – Diretora de Assuntos Acadêmicos do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Ana Tereza Basilio – Vice-Presidente de Telecom do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Thiago Lins – Diretor de Telecom do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Camila Mendes Vianna Cardoso – Vice-Presidente de Direito Marítimo e Portuário do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Lucas Leite Marques – Diretor de Direito Marítimo e Portuário do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Hamilton Quirino Câmara – Vice-Presidente Imobiliário do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Frederico Price Grechi – Diretor Imobiliário do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Gustavo Maia – Secretário-Geral Imobiliário do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

José Roberto Borges – Vice-Presidente Industrial do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Flávia A. Loretti Henrici – Diretora Industrial do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Luiz Felizardo Barroso – Vice-Presidente de Franchising do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

José Pontes – Diretor de Franchising do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Paulo Valois Pires – Vice-Presidente de Petróleo e Gás do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Solange Beatriz Palheiro Mendes – Vice-Presidente de Saúde Suplementar do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Gustavo de Marchi – Vice-Presidente do Setor Elétrico do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Pablo Sorj – Vice-Presidente de Project Finance do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Ricardo Junqueira de Andrade – Diretor de Project Finance do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Jorge Raimundo – Vice-Presidente do Setor Farmacêutico do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Gustavo Rebello Horta – Diretor do Setor Farmacêutico do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Renato Otto Kloss – Diretor de Direito Aeroportuário do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Vicente Rosenfeld – Diretor de Direito Desportivo do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Carla Cid Varela Madeira – Vice-Presidente de Fundos de Investimento do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Paulo Ceppas Figueiredo – Diretor de Fundos de Investimento do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Daniela Gusmão de Santa Cruz Scaletsky – Vice-Presidente de Universidades do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Álvaro Jorge – Vice-Presidente de Obras Públicas do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Rafael Veras – Diretor de Obras Públicas do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
André Tavares – Vice-Presidente de Seguros do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Pedro Cavalcanti Rocha – Diretor Adjunto de Seguros do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Pedro Paulo Salles Cristofaro – Vice-Presidente de Mineração do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Max Fontes – Vice-Presidente de Relações Institucionais do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Pablo Cerdeira – Vice-Presidente de Novas Tecnologias do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Daniel Becker – Diretor de Novas Tecnologias do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Otto Eduardo Fonseca Lobo – Vice-Presidente do Setor Financeiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Claudio Guerreiro – Vice-Presidente de Transportes e Logística do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Lucas Hermeto – Diretor de Transportes e Logística do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Marcelo Mazzola – Vice-Presidente de Propriedade Industrial do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Helio Paulo Ferraz – Vice-Presidente de Comercial e de Parcerias do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Carlo Verona – Vice-Presidente de Third Party Funding
Carlos Alberto Vasconcellos – Diretor de Third Party Funding do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

CONSELHO CONSULTIVO DO CBMA

Dr. Alberto de Orleans e Bragança – Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dra. Ana Tereza Basilio - Conselheira do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Antenor Barros Leal - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Carlos Augusto da Silveira Lobo - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Carlos Roberto Siqueira Castro - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Ministro Célio Borja - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Ministra Ellen Gracie Northfleet - Conselheira do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Francisco Müssnich - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Gustavo Binenbojm - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Gustavo Tepedino - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Ivan Nunes Ferreira - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Joaquim Falcão - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. José Antônio Fichtner - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. José Roberto Castro Neves - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Julian Chediak - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Lauro Gama Jr. - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Marcio Vieira Souto Costa - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Marcelo Roberto Ferro - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Ministro Marcílio Marques Moreira - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Ministro Márcio Fortes - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Marco Antônio Sampaio Moreira Leite - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Desembargador Marcus Faver - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Desembargador Murta Ribeiro - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dra. Nadia de Araújo - Conselheira do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Nelson Laks Eizirik - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Pedro Batista Martins - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Sérgio Bermudes - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Theóphilo de Azeredo Santos - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

INGLÊS

EDITORIAL BOARD

PRESIDENT

Gustavo da Rocha Schmidt (CBMA's President, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

EDITOR-IN-CHIEF

Daniel Brantes Ferreira (CBMA's Vice President for Academic Affairs, State University of New York at Buffalo Law School, Buffalo, NY, USA)

ASSISTANT EDITOR

Bianca Oliveira de Farias (CBMA's Director for Academic Affairs, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ASSISTANT EDITOR

Fernando Gama de Miranda Netto (Universidade Federal Fluminense - UFF, Niterói, RJ, Brasil)

INTERNAL EDITORIAL BOARD

Presidente: *Rafael Carvalho Rezende Oliveira* (Procurador do Município do Rio de Janeiro, Centro Universitário IBMEC-RJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Bruno Freire e Silva (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Edson Alvisi Neves (Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil)

José Roberto de Castro Neves (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Luiz Fux (Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF - Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Nadia de Araujo (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro (Universidade Federal Fluminense - UFF, Niterói, RJ, Brasil)

Vinicius Figueiredo Chaves (Universidade Federal Fluminense – UFF; Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

NATIONAL EXTERNAL EDITORIAL BOARD

André Guilherme Lemos Jorge (Diretor do Programa de Mestrado em Direito da Uninove, São Paulo, SP - Brasil)

Alceu Mauricio Júnior (Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região - Universidade de Vila Velha - UVV, Vila Velha, ES, Brasil)

Alexandre de Souza Agra Belmonte (Ministro do Tribunal Superior do Trabalho - TST - Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB Centro Universitário - Brasília, DF, Brasil)

Azor Lopes da Silva Jr (Centro Universitário de Rio Preto - UNIRP, São José do Rio Preto, SP, Brasil)

Cármem Lúcia Antunes Rocha (Ministra do Supremo Tribunal Federal - STF, Brasília, DF, Brasil)

Camila Barreto Pinto Silva (Universidade Metropolitana de Santos - UNIMES, Santos, SP, Brasil)

Carolina Sena Vieira (Faculdade CESUSC, Florianópolis, SC, Brasil)

Eduardo José da Fonseca Costa (Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPRO, Ribeirão Preto, SP, Brasil)

Edson Fachin (Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF - Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, PR, Brasil)

Egon Bockmann Moreira (Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba, PR, Brasil)

Eliás Jacob de Menezes Neto (Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Natal, RN, Brasil)

Eneida Orbage de Britto Taquary (Faculdade Presbiteriana Mackenzie, Brasília, DF, Brasil)

Fabício Germano Alves (Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Natal, RN, Brasil)

Gustavo Henrique Justino de Oliveira (Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, SP, Brasil)

Ígor Danilevíc (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre, RS, Brasil)

Leila Cuéllar (Procuradora do Estado - Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil)

Leonardo Nemer Caldeira Brant (Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG; Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas; Presidente do CEDIN, Belo Horizonte, MG, Brasil)

Lúcio Delfino (Universidade de Uberaba - UNIUBE, Uberaba, MG, Brasil)

Luis Felipe Salomão (Ministro do Superior Tribunal de Justiça - STJ, Brasília, DF, Brasil)

Luiz Claudio Allemand (Centro Superior de Ciências Sociais de Vila Velha - ES; Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - ES; Fundação Getulio Vargas – FGV - ES; Faculdade Integradas de Vitória – FDV, Vitória, ES, Brasil)
Luiz Gustavo Escórcio Bezerra (Instituto Brasileiro de Estudos do Direito da Energia - IBDE, São Paulo, SP, Brasil)
Marco Félix Jobim (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC-RS, Porto Alegre, RS, Brasil)
Mateus Pereira (Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, Recife, PE, Brasil)
Nancy Andrighi (Ministra do Superior Tribunal de Justiça - STJ - Brasília, DF, Brasil)
Rafael Peteffi da Silva (Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, SC, Brasil)
Rodrigo Reis Mazzei (Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, Vitória, ES, Brasil)
Selma Maria Ferreira Lemes (Professora de Arbitragem. Integrou a Comissão relatora da Lei de Arbitragem. São Paulo, SP, Brasil)

INTERNATIONAL EDITORIAL BOARD

President: *Jair Gevaerd* (Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR, Curitiba, PR, Brasil/ (Pepperdine School of Law – Straus Institute for Dispute Resolution, Los Angeles, California, USA)
Ajay Thomas (Faculty of Law, Manav Rachna University, Haryana, India)
Alberto Elisavetsky (President of ODR Latinoamerica and Director of the Observatory of Social Conflict, Universidad Nacional de Tres de Febrero - UNTREF, Buenos Aires, Argentina)
Aleksey V. Minbaleev (*Kufatin Moscow State Law University, Information Law and Digital Technology Department, Moscow, Russia Federation*)
Carolina Barboza Lima Barrocas (ADR Institute of British Columbia, Vancouver, British Columbia, Canada)
Christopher R. Drahozal (University of Kansas School of Law, Lawrence, Kansas, USA)
David Macquoid- Mason (*University of Kwazulu-Natal, Centre for Social-Legal Studies, Durban, South Africa*)
Elizaveta A. Gromova (*South Ural State University, Institute of Law, Chelyabinsk, Russia Federation*)
Francisco Gomez-Abelleira (Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Spain)
Giampiero D’Alessandro (Camera Arbitrale - Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Napoli, Naples, Italy)
Gloria Lim (*Director of the Legal Industry Division, Ministry of Law, Singapore*)
Gracious Timothy Dunna (Independent Advocate and Adjunct Lecturer, New Delhi, India)
John Henry Schlegel (State University of New York Law School at Buffalo, Buffalo, New York, USA)
Kenneth A. Dubin (IE Business School, Madrid, Spain)
Marcelo Rosadilla (Pepperdine School of Law – Straus Institute for Dispute Resolution, Los Angeles, California, USA)
Marcio Vasconcellos (Pepperdine School of Law – Straus Institute for Dispute Resolution e USC Gould School of Law, Los Angeles, California, USA)
Mario Spangenberg Bolívar (Facultad de Derecho - Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, Uruguay)
Maureen Arellano Weston (Pepperdine School of Law – Straus Institute for Dispute Resolution, Los Angeles, California, USA)
Martha E. Simmons (Osgoode Hall Law School, Toronto, Ontario, Canada)
Mohamed Faizal Mohamed Abdul Kadir (Society of Mediation Professionals, Singapore)
Nathan O’Malley (USC Gould School of Law, Los Angeles, California, USA)
Nazareth Serpa (Florida International University Law School, Miami, Florida, USA)
Olivier P. André (Senior Vice President da International CPR: International Institute for Conflict Prevention & Resolution, New York, New York, USA)
Paula Costa e Silva (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisbon, Portugal)
Paul Eric Mason (Silicon Valley Arbitration & Mediation Center, Palo Alto, California, USA)
Peter Sester (University of St. Gallen Law School, St. Gallen, Switzerland)
Prabhpreet Singh (Manipal University Jaipur School of Law, Jaipur, India)
Rohit Moonka (University of Delhi - Faculty of Law, Delhi, India)
Sai Ramani Garimella (South Asian University - Faculty of Legal Studies, New Delhi, India)
Sharon Press (Mitchell Hamline School of Law, Saint Paul, Minnesota, EUA)
Spyros Antonelos (RESOLVE Mediators & ADR Experts Associate, Athens, Greece e MEF Üniversitesi, Eistanbul, Turkey)
Sukhsimranjit Singh (Pepperdine School of Law – Straus Institute for Dispute Resolution, Los Angeles, California, USA)
Tat Lim (Aequitas Law LLP - Singapore & Maxwell Mediators, Singapore)
Thomas P. Valenti (Thomas P. Valenti Dispute Resolution Office, Chicago, Illinois, USA)
Tiago Serrão (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisbon, Portugal)

Tianbao QIN (Wuhan University School of Law, Wuhan, China)
Toni Jaeger-Fine (Fordham Law School, New York, New York, USA)
Tuba Bilecik (RESOLVE Mediators & ADR Experts Associate, Eistanbul, Turkey)

CBMA's TECHNICAL BOARD OF DIRECTORS

Arbitration

Ricardo Loretti Henrici – Vice-Presidente de Arbitragem do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Ana Carolina Weber – Diretora de Arbitragem do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
André Smilgin - Diretor de Arbitragem do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Flávio Spaccaquerche Barbosa - Diretor de Arbitragem do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Joaquim de Paiva Muniz - Diretor de Arbitragem do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Octavio Fragata - Diretor de Arbitragem do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Vilmar Luiz Graça Gonçalves - Diretor de Arbitragem do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Dispute Board

Augusto Barros de Figueiredo e Silva Neto – Diretor de Dispute Board do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Mediation

Andrea Maia – Vice-Presidente de Mediação do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Alexandre Assed – Diretor de Mediação do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Juliana Rodrigues Pinto – Diretora de Mediação do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Maria Pia Buchheim - Diretora de Mediação do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Mariana Freitas de Souza - Diretora de Mediação do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Wilson Pimentel - Diretor de Mediação do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

CBMA's SECTORIAL BOARD OF DIRECTORS

Eduardo Cavaliere - Vice-Presidente de Assuntos Chineses do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Luiza Chang – Diretora de Assuntos Chineses do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Daniel Brantes Ferreira – Vice-Presidente de Assuntos Acadêmicos do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Bianca Oliveira de Farias – Diretora de Assuntos Acadêmicos do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Ana Tereza Basilio – Vice-Presidente de Telecom do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Thiago Lins – Diretor de Telecom do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Camila Mendes Vianna Cardoso – Vice-Presidente de Direito Marítimo e Portuário do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Lucas Leite Marques – Diretor de Direito Marítimo e Portuário do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Hamilton Quirino Câmara – Vice-Presidente Imobiliário do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Frederico Price Grechi – Diretor Imobiliário do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Gustavo Maia – Secretário-Geral Imobiliário do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
José Roberto Borges – Vice-Presidente Industrial do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Flávia A. Loretti Henrici – Diretora Industrial do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Luiz Felizardo Barroso – Vice-Presidente de Franchising do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
José Pontes – Diretor de Franchising do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Paulo Valois Pires – Vice-Presidente de Petróleo e Gás do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Solange Beatriz Palheiro Mendes – Vice-Presidente de Saúde Suplementar do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Gustavo de Marchi – Vice-Presidente do Setor Elétrico do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Pablo Sorj – Vice-Presidente de Project Finance do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Ricardo Junqueira de Andrade – Diretor de Project Finance do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Jorge Raimundo – Vice-Presidente do Setor Farmacêutico do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Gustavo Rebello Horta – Diretor do Setor Farmacêutico do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Renato Otto Kloss – Diretor de Direito Aeroportuário do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Vicente Rosenfeld – Diretor de Direito Desportivo do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Carla Cid Varela Madeira – Vice-Presidente de Fundos de Investimento do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Paulo Ceppas Figueiredo – Diretor de Fundos de Investimento do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Daniela Gusmão de Santa Cruz Scaletsky – Vice-Presidente de Universidades do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Álvaro Jorge – Vice-Presidente de Obras Públicas do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Rafael Veras – Diretor de Obras Públicas do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
André Tavares – Vice-Presidente de Seguros do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Pedro Cavalcanti Rocha – Diretor Adjunto de Seguros do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Pedro Paulo Salles Cristofaro – Vice-Presidente de Mineração do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Max Fontes – Vice-Presidente de Relações Institucionais do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Pablo Cerdeira – Vice-Presidente de Novas Tecnologias do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Daniel Becker – Diretor de Novas Tecnologias do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Otto Eduardo Fonseca Lobo – Vice-Presidente do Setor Financeiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Claudio Guerreiro – Vice-Presidente de Transportes e Logística do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Lucas Hermeto – Diretor de Transportes e Logística do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Marcelo Mazzola – Vice-Presidente de Propriedade Industrial do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Helio Paulo Ferraz – Vice-Presidente Comercial e de Parcerias do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Carlo Verona – Vice-Presidente de Third Party Funding
Carlos Alberto Vasconcellos – Diretor de Third Party Funding do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

CBMA's CONSULTING BOARD

Dr. Alberto de Orleans e Bragança – Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dra. Ana Tereza Basilio - Conselheira do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Antenor Barros Leal - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Carlos Augusto da Silveira Lobo - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Carlos Roberto Siqueira Castro - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Ministro Célio Borja - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Ministra Ellen Gracie Northfleet - Conselheira do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Francisco Müssnich - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Gustavo Binenbojm - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Gustavo Tepedino - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Ivan Nunes Ferreira - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Joaquim Falcão - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. José Antônio Fichtner - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. José Roberto Castro Neves - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Julian Chediak - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Lauro Gama Jr. - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Marcio Vieira Souto Costa - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Marcelo Roberto Ferro - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Ministro Marcílio Marques Moreira - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Ministro Márcio Fortes - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Marco Antônio Sampaio Moreira Leite - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Desembargador Marcus Faver - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Desembargador Murta Ribeiro - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dra. Nadia de Araújo - Conselheira do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Nelson Laks Eizirik - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Pedro Batista Martins - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Sérgio Bermudes - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Theóphilo de Azeredo Santos - Conselheiro do CBMA, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Sumário

Apresentação	15
--------------------	----

Editorial	17
-----------------	----

DOCTRINA

ARTIGOS

A autocomposição de conflitos na Câmara de Conciliação e arbitragem da Administração Federal: estudo do caso – UNIFESP x União		
Boni de Moraes Soares, Bruno Lopes Megna, Elisa Berton Eidt, Rafael Calheiros Bertão	21	
1	Introdução.....	22
2	Marco teórico-normativo	24
2.1	Autocomposição na Administração Pública, “Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos” e Advocacia Pública	24
2.2	A “Câmara de Conciliação da Administração Federal” – CCAF como paradigma de câmara de autocomposição de conflitos entre entes públicos.....	30
3	Estudo de caso: o caso REHUF-UNIFESP.....	33
3.1	Descrição do caso	33
3.1.1	A origem da controvérsia.....	33
3.1.2	O pedido de autocomposição.....	34
3.1.3	O procedimento de conciliação na CCAF: duas etapas	34
3.1.4	A atuação do Ministério Público Federal: controvérsia judicializada	36
3.2	Teste da hipótese: análise documental e entrevistas.....	37
3.2.1	1ª Característica: a natureza pública da CCAF	37
3.2.2	2ª característica: a qualificação do conciliador	38
3.2.3	3ª característica: a vedação à judicialização e a possibilidade de arbitramento.....	40
4	Conclusões	41
	Referências.....	43
	Anexo – perguntas das entrevistas.....	44

O afeto nos métodos de solução de controvérsias

Celia Caiuby, Andrea Maia	45	
	Introdução.....	46
1	Abordagem filosófica do afeto.....	46
2	Evolução organizacional da humanidade: crenças e imaginação	49
3	A ciência por trás da tomada de decisão	50
4	Doutrina dos afetos	51
5	Relação do afeto com os métodos de solução de controvérsias	52
6	Considerações finais: o meio adequado a resolução de determinado conflito será o mais eficiente	54
	Referências.....	55

Mediação de conflitos no Brasil: atividade ou profissão?

Dora Rocha Awad	57
1 Introdução.....	57
2 Formação e capacitação dos mediadores	58
3 Participação dos advogados	60
4 Remuneração do mediador.....	61
5 O mediador privado.....	62
6 Reconhecimento legal da mediação como profissão	63
7 Consequências da profissionalização da mediação.....	63
8 Considerações finais	64
Referências.....	65

Importância, funcionalidades e relação das cláusulas escalonadas na mediação e arbitragem

Luciana Severo	67
1 Introdução.....	67
2 O tribunal multiportas e suas estruturas.....	69
2.1 Mediação x conciliação	70
2.2 Arbitragem	71
3 Importância das ADRs (<i>Alternative Dispute Resolution</i>).....	71
4 Funcionalidade das cláusulas escalonadas.....	74
5 Habilidades do mediador e sua importância para o árbitro como “ <i>peacemaker</i> ”	77
6 Conclusão.....	79
Referências.....	81

A cláusula escalonada nos contratos de afretamento e nas *charter-parties*

Marcella Paiva, Marcelo Guimarães, Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro	83
1 Introdução.....	84
2 Contratos de afretamento marítimos e as carta-partidas	85
3 Taxonomia dos conflitos marítimos	88
4 Cláusula compromissória nos contratos de partida internacionais	90
4.1 Experiência internacional.....	90
5 Mediação nos contratos marítimos	93
6 Cláusula escalonada nos contratos de afretamento	95
6.1 Cláusula escalonada.....	95
6.2 Cláusula escalonada, <i>charter parties</i> e contratos de afretamento	95
7 Conclusão.....	99
Referências.....	100

Multi-door Mediation: Processo Composto de Resolução de Conflitos

Maria de Nazareth Serpa	103
1 Introdução.....	103
2 Retrospectiva	104
3 O que é <i>Principled Mediation</i>	110
4 <i>Multi-door mediation</i>	114
5 Por que processos acessórios?	117
6 Por que manter a mediação como processo principal e não passar para outros?	118
7 Processos qualificados para compor um processo de mediação.....	122
8 Vantagens e desvantagens.....	129
9 Considerações finais	130
Referências.....	131

Viktor Frankl and the Art of Mediation

Maria Luisa Mansur	133
1 Introduction.....	133
2 The Art of Navigating Suffering through Positive Psychology	134
3 The Art of Empowerment through Party Self-Determination	138
4 Interviewing Judge Daniel Weinstein	140
5 Final Considerations	142
References	143

Dos Congressos Ibero-Americanos de Mediação Policial

Patrícia Pacheco Rodrigues, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques	145
Introdução.....	145
1 Do I Congresso Ibero-Americano de Mediação Policial.....	149
2 Do II Congresso Ibero-Americano de Mediação Policial.....	157
3 Do III Congresso Ibero-Americano de Mediação Policial.....	169
Considerações finais	176
Referências.....	178

A Convenção de Cingapura e seus benefícios para o Brasil

Paul Eric Mason	181
1 O que a Convenção faz e não faz	182
2 Mediação definida pela Convenção	182
3 Âmbito de aplicação da Convenção de Cingapura	184
4 Benefícios para o Brasil de assinar e ratificar a Convenção de Cingapura.....	184
5 Entrada em vigor da Convenção	187
6 Defesas à aplicação da Convenção	188
7 Mais fácil de implementar do que a Convenção de Arbitragem de <i>New York</i>	189
8 Reservas limitadas disponíveis na Convenção.....	190
9 Alguns desafios com a Convenção de Cingapura	190
10 Conclusão.....	191
Referências.....	193

Arbitragem: limitação temporal para início do procedimento arbitral – Discussão sobre o instituto, natureza jurídica e possíveis consequências para o esgotamento do prazo

Pedro Henrique Bandeira Sousa	195
1 Introdução.....	195
2 Flexibilidade do procedimento arbitral	197
3 Natureza jurídica do limite temporal	199
4 Inserção do limite temporal	203
4.1 Pelas partes através da convenção de arbitragem	203
4.2 Pelo órgão arbitral institucional através de regulamento.....	206
5 Do esgotamento do prazo do limite temporal	208
5.1 Questão de admissibilidade ou jurisdição?	208
5.2 Possíveis consequências do esgotamento do limite temporal.....	211
5.2.1 Prosseguir com a arbitragem	212
5.2.2 Apresentar recurso à outra Instituição	214
5.2.3 Ajuizamento de ação anulatória	215
5.2.4 Ajuizamento da ação do art. 7º da Lei de Arbitragem	219
5.2.5 Inafastabilidade do Poder Judiciário	219
6 Considerações finais	220
Referências.....	222

“Better safe than sorry” – A company executing independent contracts with a common commercial nexus should rather provide for matching arbitration clauses than rely on the “group of contracts” doctrine

Piotr S. Wójtowicz	225
A short tale of three “group of contracts” patterns and cases	225
The benefit of the “group of contracts” doctrine for related contracts	228

Aspectos controversos da arbitrabilidade objetiva nos contratos de concessão de petróleo e gás natural

Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Lucas Carvalho de Souza	233
1 Introdução	234
2 A arbitragem envolvendo a Administração Pública	234
3 O emprego da cláusula arbitral nos contratos de concessão de O&G	238
4 Arbitrabilidade objetiva: críticas aos impedimentos à atuação do juízo arbitral normalmente apresentados pela ANP	244
4.1 O caso Newfield	245
4.2 O caso Petrobras	247
4.3 Direitos disponíveis: da interpretação restritiva à extensiva	249
4.4 Um novo caminho para a efetiva adoção da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos entre ANP e concessionário	251
5 Considerações finais	252
Referências	253

INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES	255
----------------------------------	-----

Apresentação

Peter S. Adler was precise in defining ADR in his 1987 paper as it follows “In its narrowest sense, ADR can be defined and explained as an evolving toolbox of techniques that are used toward other ends, most often but not always, dispute settlement”.¹ Further on the author categorizes ADR as a social movement because it draws its vitality from the forces it challenges. The focus of the ADR criticism that Adler was referring to was essentially the legal profession and the courts, more so, how lawyers and judges handle disputes. This paper, even after so many years, is still up to date.

In Brazil, according to the 2018 National Council of Justice Report entitled *Justice in Numbers*, the country reached 80,1 million lawsuits (29,1 million new procedures only in 2017).² The same report states that the lawsuit average duration is more than five years long.

Therefore, acknowledging this reality, the Brazilian Center of Arbitration and Mediation (CBMA) has been a cradle for the ADR culture nationwide. The Center was founded in 2002 by three important entities of the Brazilian society namely: ACRJ - Commercial Association of Rio de Janeiro, FENASEG - National Federation of Private Insurance and Capitalization Companies and FIRJAN - Federation of Industries of the State of Rio de Janeiro.

The current Center’s President, Mr. Gustavo Schmidt is, since his first appointment term, nurturing a set of high-level ADR events such as the International Arbitration Conference (occurs every year in August) and the International Mediation Conference (occurs every year in November) in a way to demonstrate that ADR is the present’s best solution to many cases and the parties most logical choice in the near future.

To this extent, the pinnacle of Mr. Schmidt’s achievements to spread the ADR culture in Brazil was the creation of this Journal, namely the Brazilian Journal of Alternative Dispute Resolution – RBADR that aims to publish the most current discussions in the ADR practice and in the ADR academic field. In order to do

¹ ADLER, Peter S. Is ADR a social movement?. *Negotiation Journal*, v. 3, n. 1, 1987. p. 59.

² CNJ. *Justiça em Números 2018*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. p. 197. Available at: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>.

so Dr. Daniel Brantes Ferreira, CBMA's Vice-President for Academic Affairs, was selected to put together a highly-qualified national and international editorial board and to serve as the chief-editor of the present publication.

Gustavo da Rocha Schmidt
CBMA's President

Daniel Brantes Ferreira
Chief-Editor

Editorial

É com enorme satisfação que chegamos ao segundo ano do periódico e que apresentamos o quarto número da *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*. O número conta com doze artigos nacionais e internacionais. O foco do número é na área de mediação tendo em vista a relevância do tema na atualidade domesticamente e na seara internacional após a Convenção de Singapura de 2019.

Agradecemos a todos que têm demonstrado interesse na leitura e em publicar em nosso periódico bem como a todos os membros de nosso conselho editorial e do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA.

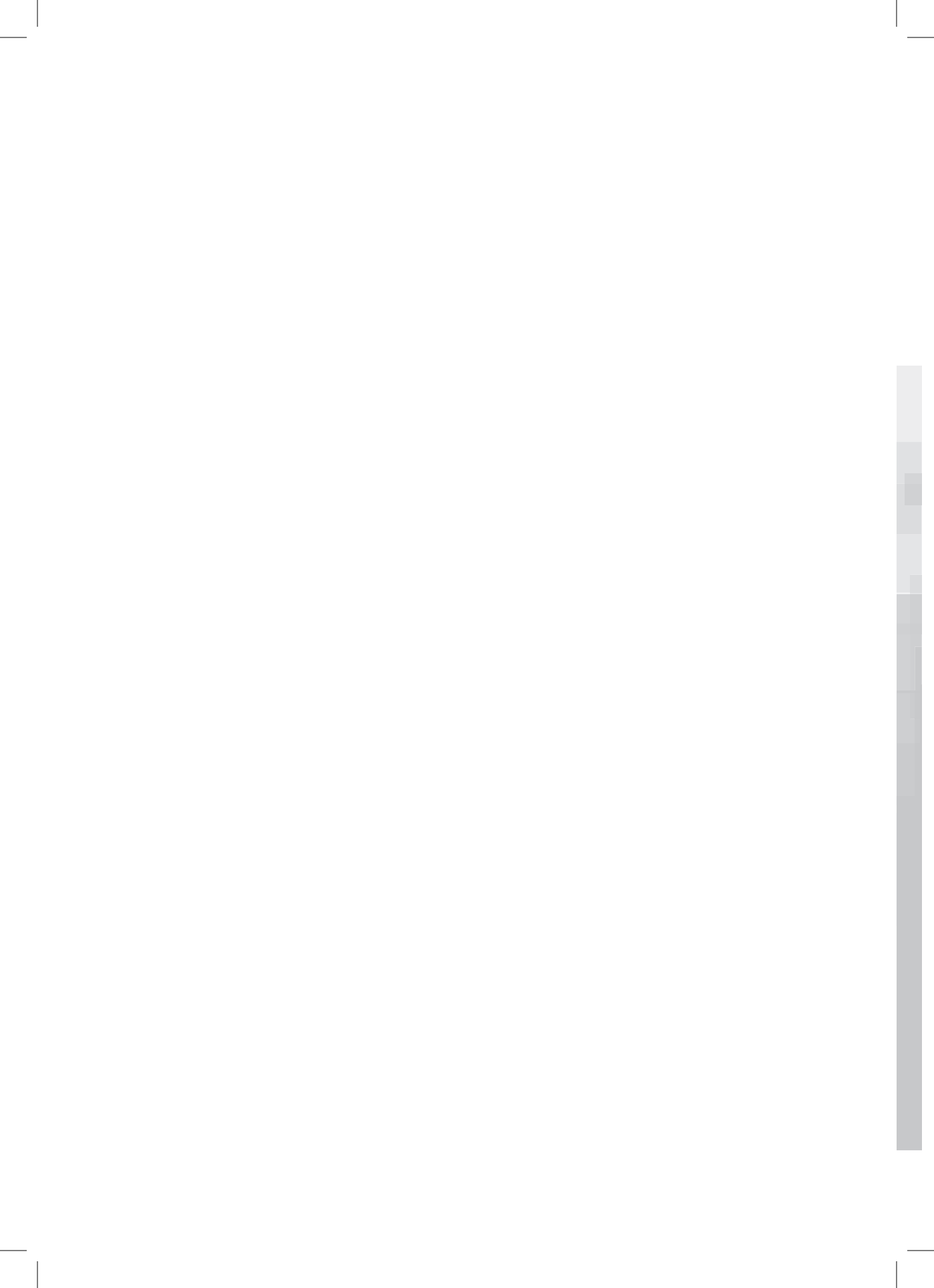
Após a pandemia do COVID as soluções extrajudiciais de conflito demonstraram-se de extrema relevância, pois, as principais instituições de ADR já estavam preparadas para operar através do uso da tecnologia de forma imediata. Portanto, os procedimentos arbitrais e as sessões de mediação foram essenciais para os conflitos que já existiam e para as disputas que surgiram.

Nestes termos, a revista vem cumprindo sua missão: divulgar a cultura da pacificação e exaltar a importância do profissional do direito como *peacemaker* e *Community organizer*.

Com um abraço em todos,

Gustavo da Rocha Schmidt
Presidente do CBMA

Daniel Brantes Ferreira
Editor-chefe



DOCTRINA

Artigos

A autocomposição de conflitos na Câmara de Conciliação e arbitragem da Administração Federal: estudo do caso – UNIFESP x União

Boni de Moraes Soares

Doutorando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Vice-Presidente do Projeto Sentenças da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Coordenador do Grupo de Trabalho sobre Arbitragem em Câmaras Arbitrais Privadas da Advocacia-Geral da União (AGU). Membro da Associação Americana de Direito Internacional Privado. Membro do Núcleo de Controvérsias em Foro Estrangeiro do Departamento de Assuntos Internacionais e do Núcleo de Arbitragem da AGU. Advogado da União.

Bruno Lopes Megna

Doutorando, Mestre (2017, aprovação “com louvor”) e Bacharel (2011) em Direito pela USP. Foi aluno visitante da USP na Yale University (Yale Law School Linkage Program, 2010). Procurador do Estado de São Paulo (desde 2013), atualmente é Coordenador da Assessoria de Empresas estatais e Fundações do Gabinete do Procurador-Geral (2019) e membro da Assistência de Arbitragens (desde 2017). Membro do Conselho Curador e coordenador do curso de pós-graduação em direito processual civil da Escola Superior da PGE/SP (2019). Membro do Conselho de Administração da São Paulo Previdência (SPPREV - suplente, 2019); do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO, desde 2014); do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR, por meio da PGE/SP, desde 2017). Foi Membro do Comitê de Advocacia Pública da OAB/SP (2016/2018).

Elisa Berton Eidt

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora convidada da Unisinos. Membro da Comissão de Mediação da OAB/RS. Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul.

Rafael Calheiros Bertão

Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, FDUSP. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, FGV/SP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor e Advogado.

Resumo: O presente artigo consiste em estudo de caso relacionado a um processo administrativo de autocomposição no âmbito da Câmara de Conciliação e Arbitragem Federal (CCAF). Trata-se, portanto, de pesquisa empírica que se utiliza da análise documental e de entrevistas a fim de investigar se as características próprias da CCAF contribuem para a realização do acordo administrativo. Elegeu-se

como características a serem investigadas a natureza pública da CCAF, a qualificação do conciliador que atua no caso (membro da advocacia pública federal), a vedação da judicialização imediata em conflito entre órgãos da Administração Federal e o instituto do arbitramento. A partir dos dados coletados, foi possível concluir, dentre outros achados, que a oficialidade de um procedimento institucional contribui para a formalização de acordos entre órgãos públicos. Por outro lado, que a vedação da judicialização e a vinculação da CCAF à Administração Direta podem se apresentar como entraves para um procedimento de conciliação voluntário e equidistante das partes envolvidas.

Palavras-chave: Autocomposição. CCAF. Estudo de caso. Administração Federal. Câmara administrativa.

Sumário: **1** Introdução – **2** Marco teórico-normativo – **3** Estudo de caso: o caso REHUF-UNIFESP – **4** Conclusões – Referências

Abreviaturas

AGU	Advocacia-Geral da União
CCAF	Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal
CEBAS	Certificação de Entidades Benéficas de Assistência Social
CPC	Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16 de março de 2015
EBSERH	Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares
EPM	Escola Paulista de Medicina
HSP	Hospital São Paulo
MEC	Ministério da Educação
MPF	Ministério Público Federal
PGBC	Procuradoria-Geral do Banco Central
PGF	Procuradoria-Geral Federal
PGFN	Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
SESREHUF	Secretaria Estadual de Saúde - Programa Nacional de Reestruturação de Hospitais Universitários Federais
SPDMSES	Sociedade Paulista para o Desenvolvimento - Secretaria Estadual de Saúde
UNIFESP	Universidade Federal de São Paulo

1 Introdução

O presente trabalho teve por escopo responder à seguinte *pergunta*: “as características da Câmara de Conciliação da Administração Federal – CCAF influenciam na celebração de acordos entre as partes cujos conflitos são a ela levados?”.

Essa inquirição tem como *justificativa*, em primeiro lugar, o fato de o Direito brasileiro ter evoluído no sentido de apresentar opções para que entes públicos solucionem seus conflitos de forma consensual e, em segundo lugar, porque a CCAF tem se apresentado como um importante paradigma dentre as tais opções.

Por sua vez, na medida em que é certo que o exercício da voluntariedade pelos entes e órgãos públicos não se equipara perfeitamente àquele exercido pelas pessoas privadas, tendo em vista que a organização da Administração Pública é pautada pelos princípios da legalidade (o que implica a hierarquização de algumas decisões), é de se supor que os instrumentos utilizados em um ambiente de autocomposição de conflitos entre entes públicos não podem ser iguais àqueles utilizados em conflitos privados — ou que os mesmos instrumentos terão graus de efetividade diversos conforme o conflito se dê entre entes públicos ou privados.

Tem-se por *hipótese* de trabalho que a resposta à questão acima formulada é positiva, ou seja, que as características da CCAF acabam por influenciar aqueles que a ela se submete a serem a firmar acordos. Tal hipótese é cogitada tanto (i) por características da CCAF que, em tese, seriam aptas a induzir acordos espontaneamente, como (i.a) a segurança que o procedimento “oficial” da câmara pública confere aos partícipes, ou (i.b) o fato de que a condução do procedimento conciliatório por um agente público proporciona uma melhor compreensão do conflito, em comparação a um agente não público, quanto (ii) por características que induzem acordos não espontaneamente, como (ii.a) o fato de que os entes federais estão impedidos de judicializar seus conflitos sem antes tentar o procedimento conciliatório; ou (ii.b) a possibilidade de “arbitramento” se não houver conciliação, nos termos do artigo 36, parágrafo 1º, da Lei 13.140/2015, associado ao fato de que a autoridade competente para “arbitrar”, o Advogado-Geral da União é, ela própria, o mais alto representante legal de um dos entes públicos possivelmente envolvidos no procedimento de autocomposição (qual seja, a União).

Para testar tal hipótese, foi desenvolvido *estudo de caso*. Trata-se de caso já concluído, de modo a permitir a compreensão de todo o *iter* entre o início do procedimento de autocomposição e a celebração do acordo, bem como de caso que envolve um litígio entre um ente autônomo da Administração indireta (universidade) e órgãos da Administração direta da União, de modo a possibilitar colocar sob análise a potencial aversão ao “arbitramento” em razão do conflito de interesse latente pelo Advogado-Geral da União (ele próprio o mais alto representante legal da Administração direta da União). Tendo em vista que a medição do efeito das características das câmaras (segurança, ambiente de compreensão, aversão ao arbitramento e sensação de conflito de interesse) dependem da percepção subjetiva dos envolvidos, o estudo de caso foi realizado não só pela *análise documental*, como também por meio de *entrevistas* com as pessoas que efetivamente participaram do procedimento. Como recorte de pesquisa, optou-se por entrevistar apenas as pessoas que participaram, em audiência, do ato formal de homologação do acordo, ou seja, aqueles que subscreveram o termo de acordo.

Vale destacar, por fim, três *limites da pesquisa*:

- (i) analisou-se, apenas, um caso prático, através do qual é possível obter conclusões interessantes, porém não generalizantes;
- (ii) não foram entrevistados outros participantes importantes do procedimento, especialmente os que não aparecem formalmente nos autos, mas que são os verdadeiros responsáveis pela tomada da decisão de celebrar o acordo firmado;
- (iii) a dificuldade de realização da entrevista com as pessoas selecionadas: das oito pessoas envolvidas no ato formal do acordo, apenas quatro foram entrevistadas, sendo que, dentre as quatro não entrevistadas, foi possível realizar contato apenas com duas, que evitaram a entrevista.

De todo modo, foi possível obter o testemunho de pessoas que representaram todos os polos da demanda, de modo que foram entrevistados um representante do MEC, um do MS, um da UNIFESP e um conciliador da CCAF. Por essa razão, foi possível se extrair das entrevistas, ao final, percepções subjetivas de todos os entes envolvidos no procedimento, o que viabilizou a análise pretendida.

2 Marco teórico-normativo

2.1 Autocomposição na Administração Pública, “Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos” e Advocacia Pública

O tema da consensualidade na Administração Pública, embora ainda tímido na prática, já não é novidade na doutrina nacional¹ e estrangeira.²

Na doutrina do direito administrativo, esse tema se insere no contexto da chamada “Reforma do Estado”, pela qual se passa de um paradigma de Estado autoritário, pautado em decisões unilaterais, para um paradigma de Estado democrático, que se relaciona politicamente com os cidadãos a partir do consenso desses expressos no voto, e de “Estado contratual”, que se relaciona economicamente com os cidadãos a partir do consenso expresso na adesão ou negociação contratual.³ Nesse contexto de bases voluntaristas, cresce o prestígio de soluções autocompositivas, em detrimento de decisões unilaterais, no âmbito da Administração Pública.

¹ Por todos: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 335-350.

² Por todos: CASSESE, Sabino. A arena pública: novos paradigmas para o Estado. In: _____. *A crise do Estado*. Trad. Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

³ Cf. CASSESE, Sabino. A arena pública: novos paradigmas para o Estado, cit. p. 145.

Na doutrina do direito processual, essas transformações fazem eco com as reformas judiciais que também têm prestigiado as soluções autocompositivas, motivadas, em parte, como válvula de escape para falhas do sistema judiciário (especialmente excesso de volume de processos e lentidão),⁴ e, em parte, pelo ideal de troca da *cultura da sentença* pela *cultura da pacificação*.⁵

Incentivado por esse eco, o legislador brasileiro tem previsto mecanismos para a Administração Pública aderir a métodos consensuais de solução de conflitos, com destaque para as previsões do Código de Processo Civil de 2015 (Lei federal 13.105, de 16 de março de 2015 - “CPC”) e da Lei de Mediação (Lei federal 13.140, de 26 de junho de 2015).

Curiosamente, ambos os atos legislativos são genéricos em relação à forma por meio da qual a Administração Pública pode exercer a almejada consensualidade, trazendo algum grau de especificidade apenas quando se referem às “câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo” (artigo 174 do CPC) ou às “câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública” (artigo 32 da Lei de Mediação). Ainda que a coincidência se justifique pela promulgação contemporânea de tais atos normativos, fato é que o legislador indica que tais espécies de câmara são um instrumento relevante para o exercício da consensualidade no âmbito administrativo.

Segundo o desenho legislativo, tais câmaras têm como vocação primeira a solução da chamada *litigância intragovernamental*,⁶ ou seja, a dirimção de “conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública” (CPC, artigo 174, inciso I e Lei de Mediação, artigo 32, inciso I); são instaladas no âmbito do respectivo órgão de Advocacia Pública (Lei de Mediação, artigo 32, *caput*) e terão sua composição e funcionamento definidas em regulamento próprio de cada esfera de governo (Lei de Mediação, artigo 32, parágrafo 2º).

Ainda segundo o desenho legislativo, embora sejam câmaras especiais pela matéria e pela estrutura vinculadas à Administração Pública, não deixam de estar vinculadas, como de resto acontece com quaisquer câmaras privadas de mediação e/ou centros judiciais de conciliação, aos princípios orientadores de todo o ferramental jurídico instrumentalizador das autocomposições, com destaque para

⁴ Cf. GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. Considerações gerais. In: _____ (org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

⁵ Cf. WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O tema da arbitragem no contexto da Administração Pública. In: CAHALI, José Francisco; RODOVALHO, Rodrigo; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129 de 26-5-2016*, p. 85-104. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 87 e 90, usando a expressão “litigância intragovernamental”.

o princípio da autonomia da vontade. Tanto por interpretação sistemática ou até topográfica da legislação, que dispõe sobre tais câmaras de forma logicamente sequencial (e consequencial) aos referidos princípios — vide o CPC, que trata de tais princípios e de tais câmaras na mesma Seção V, do Capítulo III, do Título IV do Livro II, entre os artigos 165 e 175 — como por disposições expressas — como a do parágrafo 3º do artigo 32 da Lei de Mediação, que dispõe que “*se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial*” —, conclui-se que há intenção legislativa no sentido de que a autonomia da vontade seja respeitada em algum grau também nos procedimentos de autocomposição entre entes e órgãos públicos.

Por outro lado, a Administração Pública está internamente organizada segundo o *princípio da hierarquia*.⁷ Se a existência de “autonomia da vontade” no sentido comum de plena autodeterminação já é questionável no âmbito da administração pública como um todo, com ainda mais razão é questionável quando se fala na decisão sobre controvérsia entre dois órgãos públicos subordinados à mesma autoridade hierárquica. Por outro lado, é certo que entes como “universidades” são dotadas de certa autonomia pela Constituição, de sorte que aí se pode vislumbrar algum grau de autodeterminação, mas ainda assim em contornos diferentes, senão menores, que aqueles da plena “autonomia da vontade privada”.⁸

Do ponto de vista da Administração Pública Indireta em geral, não há subordinação direta à Administração Direta: os entes da Administração Indireta estão submetidos à tutela (ou “supervisão ministerial”), mas não à hierarquia da Administração Direta. O ordenamento jurídico confere às autarquias e fundações públicas federais diferentes campos e níveis de autonomia, desde o Decreto-Lei 200/67 (art. 5º), que traz uma previsão geral, passando pelas diversas leis que instituem as autarquias sujeitas a regime especial (agências reguladoras), até a Constituição (art. 207), no caso específico das universidades. De qualquer modo, as pessoas jurídicas da Administração Indireta não deixam de ser entes da Administração Pública, submetidos ao *princípio da legalidade* e com *hierarquias internas*, de modo que as controvérsias jurídicas das universidades ganham os mesmos contornos jurídicos que outras demandas governamentais (limites orçamentários, hierarquia nas escalas de decisão, etc.).

Essa construção jurídica sobre a relação entre a pessoa jurídica de caráter político, a União, que realiza a Administração Pública Federal Direta, e as pessoas jurídicas de caráter administrativo ou econômico, que realizam a Administração

⁷ CRETILLA JUNIOR, José. Princípios informativos do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 93, 1968, p. 263-285, esp. p. 272.

⁸ CORREIA, José Manuel Sérulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 778.

Pública Federal Indireta, reflete-se também na estruturação da Advocacia Pública Federal.

A Advocacia-Geral da União está assim prevista na Constituição:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Fácil perceber que o dispositivo atribui à AGU apenas a representação judicial e extrajudicial da União, reservando a execução da dívida ativa a um de seus órgãos, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).⁹

Atendendo a mandamento constitucional, o legislador editou a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Em meio à regulação da estrutura e funcionamento da AGU, referida lei trouxe capítulo sobre a relação entre a AGU e a advocacia das autarquias e fundações públicas federais:

Capítulo IX

Dos Órgãos Vinculados

Art. 17. Aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas compete:

I - a sua representação judicial e extrajudicial;

II - as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos;

III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

⁹ Embora não tivesse clara na Constituição de 1988, a relação entre AGU e PGFN é determinada pela Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Referida lei expõe expressamente que a PGFN é órgão sob subordinação técnica à AGU, integrante de sua estrutura (art. 2º, I, b), e sob subordinação administrativa ao “Ministério da Fazenda” (art. 12, *caput*), o atual Ministério da Economia.

Art. 18. No desempenho das atividades de consultoria e assessoramento aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas aplica-se, no que couber, o disposto no art. 11 desta lei complementar.

A denominação do capítulo anunciaria o regime que orienta a relação entre a AGU e a advocacia das autarquias e fundações públicas federais até hoje.

Ausente da Constituição,¹⁰ a Advocacia Pública da Administração Federal Indireta se realiza de formas absolutamente distintas quando se compara as autarquias e fundações públicas com as empresas públicas e sociedades de economia mista.

A advocacia das empresas públicas e sociedades de economia mista se realiza em regime de descentralização, isto é, cada entidade estatal estrutura o serviço jurídico de que necessita à sua maneira. Na prática, cada uma das atuais 205 empresas estatais¹¹ pode centralizar os serviços jurídicos em advogados com dedicação exclusiva, distribuir a atuação entre advogados que prestam seus serviços também a outras pessoas ou mesmo estruturar uma combinação desses dois modelos.

Já a advocacia das autarquias e fundações públicas se realiza em regime de centralização, ou seja, todas as pessoas jurídicas recebem serviços jurídicos de uma única instituição: a Procuradoria-Geral Federal. Atualmente, a PGF presta seus serviços a 159 autarquias e fundações públicas federais.¹²

A advocacia das autarquias e fundações públicas federais tem atualmente na Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002 (com alterações promovidas pela Lei nº 11.941, de 2009) seu marco normativo principal. Referida lei criou a PGF, sujeita a regime de autonomia e sob supervisão, não subordinação, da Advocacia-Geral da União. Compete à PGF representar legalmente, prestar assessoria e consultoria jurídicas e apurar a liquidez e certeza dos créditos das autarquias e fundações públicas federais:

¹⁰ Registre-se que o art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias menciona “as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas” e deixava incerta sua relação com a então criada AGU até a edição da lei orgânica desta. Com a edição da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, no entanto, tão dispositivo perdeu eficácia.

¹¹ Destas, 46 são empresas controladas diretamente pelo Estado e outras 159 são suas subsidiárias: BRASIL. Ministério da Economia. Desestatização: estatais federais e balanço das privatizações e desinvestimentos. Disponível em: <http://www.economia.gov.br/central-de-conteudos/apresentacoes/2019/o-estado-empresario-seddm.pdf/view>. Acesso em: 25 fev. 2020.

¹² BRASIL. Procuradoria-Geral Federal. Portaria nº 701, de 16 de novembro de 2017. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/702007. Acesso em: 25 fev. 2020.

Art. 9º É criada a Procuradoria-Geral Federal, à qual fica assegurada autonomia administrativa e financeira, vinculada à Advocacia-Geral da União.

Parágrafo único. Incumbe à Advocacia-Geral da União a supervisão da Procuradoria-Geral Federal.

Art. 10. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

Outras características desta lei reforçam a autonomia da PGF frente à AGU, como por exemplo o fato de sua autoridade máxima ter atribuição de representar as autarquias e fundações públicas federais perante o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores (art. 11, §2º, II), seus membros – os Procuradores Federais – comporem quadro próprio da PGF (art. 12, *caput*) e dever a PGF dispor de orçamento próprio (art. 12, §2º).

Isso não significa que a PGF possui autonomia absoluta frente à AGU. A própria lei de criação estabelece que cabe ao Advogado-Geral da União, por exemplo, indicar o Procurador-Geral Federal para nomeação pelo Presidente da República (art. 11, §1º) e os demais dirigentes dos órgãos jurídicos da PGF (art. 12, §3º), realizar concursos de ingresso na carreira de Procurador Federal (art. 12, §1º, I) além de editar atos sobre a competência interna, estrutura e funcionamento da PGF (art. 14, *caput*).

Exceção ao regime de centralização instituído com a PGF é a Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC). Autarquia de previsão constitucional (art. 164 da CF), o Banco Central possui em sua estrutura órgão de advocacia pública próprio.¹³ Os Procuradores do Banco Central compõem o quadro de pessoal do Banco (art. 1º da Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998) e exercem as atribuições de representá-lo legalmente, assessorá-lo juridicamente e apurar a liquidez e certeza de seus créditos (art. 4º da Lei nº 9.650/98).

O fato é que, conforme se verá adiante, apesar desta autonomia das pessoas jurídicas da Administração Pública Indireta, notadamente a autonomia constitucional conferida às universidades, e dessa autonomia se refletir na autonomia de suas Advocacias Públicas frente à Advocacia-Geral da União, o legislador não as excepcionou da obrigatoriedade de tentativa de autocomposição, da possível submissão ao “arbitramento” do Advogado-Geral da União e da proibição de

¹³ BRASIL. Banco Central do Brasil. Regimento Interno do Banco Central do Brasil. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/acessoinformacao/Documents/regimento_interno/RegimentoInterno.pdf. Acesso em 25 fev. 2020.

judicializarem demandas entre si sem autorização prévia pelo Advogado-Geral da União. Uma análise de constitucionalidade destas previsões legislativas, ademais, escapa aos limites da presente pesquisa. Assim, na medida em que o exercício da voluntariedade pelos entes e órgãos públicos não se equipara perfeitamente àquele exercido pelas pessoas privadas, é de se supor que os instrumentos utilizados em um ambiente de autocomposição de conflitos entre entes públicos não podem ser iguais àqueles utilizados em conflitos privados — ou que os mesmos instrumentos terão graus de efetividade diversos conforme o conflito se dá entre entes públicos ou privados.

Portanto, demonstra-se necessário o estudo das características de cada câmara de autocomposição de conflitos entre entes e órgãos públicos, pois tais características, presume-se, terão impacto no deslinde do conflito a ela submetidos.

2.2 A “Câmara de Conciliação da Administração Federal” – CCAF como paradigma de câmara de autocomposição de conflitos entre entes públicos

Dentre as câmaras de autocomposição de conflitos entre entes públicos, destaca-se a “Câmara de Conciliação da Administração Federal” – “CCAF” como paradigma. Trata-se não só de modelo de inspiração para outros entes federativos, como modelo de inspiração para o próprio legislador, que dela se valeu como paradigma ao disciplinar o tema nos já citados artigos 174 do CPC e 32 da Lei de Mediação.

De fato, a CCAF já existia e funcionava antes de o legislador positivizar a proposta de criação de câmaras de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública. A CCAF foi instituída pelo Ato Regimental do Advogado-Geral da União nº 5, de 27 de setembro de 2007 (posteriormente alterado pelo Ato Regimental nº 2, de 9 de abril de 2009), e teve sua estrutura definida pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010 (até sua atual previsão no Decreto nº 8.995, de 2 de março de 2017). A disciplina das competências das câmaras da Administração Pública, prevista nos artigos 174 do CPC e 32 da Lei de Mediação, tem redação muito próxima do artigo 18 do Decreto nº 7.392/2010, o que comprova que o legislador se inspirou na câmara federal para criar um modelo replicável para os demais entes da federação.

Para os fins deste trabalho, destacam-se, dentre as características da CCAF:

- (i) alocação institucional dentro da Advocacia-Geral da União, órgão de advocacia pública da Administração Direta do Governo Federal, a União;

- (ii) competência para dirimir conflitos entre órgãos e entes da Administração Direta e Indireta;
- (iii) condução dos procedimentos de autocomposição por membro da Advocacia-Geral da União, ou seja, por agente público concursado de carreira estável da área jurídica;
- (iv) instrumentalização do procedimento de autocomposição em atos formais, reduzidos a termos em documentos com conteúdo juridicamente orientados, isto é, motivados e redigidos de forma a produzir efeitos jurídicos, seja para possibilitar o trâmite interno e a validação de decisões pelas instâncias administrativas competentes, seja para possibilitar transparência e controle externo, quando couber, seja para instrumentalizar entendimentos e acordos aptos a vincular os envolvidos.

A tentativa de autocomposição é obrigatória no caso de conflitos entre órgãos e entes da Administração Federal; se não houver acordo entre os entes envolvidos, a controvérsia será submetida ao “arbitramento” do Advogado-Geral da União. O ente ou órgão do governo federal não pode judicializar a questão, senão mediante autorização do próprio Advogado-Geral da União, ou seja, daquele a quem caberá o “arbitramento”.

Grifa-se da Lei de Mediação:

Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, **a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito**, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§1º Na hipótese do caput, **se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la**, com fundamento na legislação afeta. [...].

Art. 39. A **propositura de ação judicial** em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal **deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União**.

Por sua vez, desde o Decreto nº 7.932/2010 se prevê que compete à CCAF propor o “arbitramento” da controvérsia quando não solucionada por acordo: “Art. 18. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal compete: [...] VI - propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação.”

Embora a lei não preveja expressamente a obrigatoriedade de submissão da controvérsia à CCAF, mas apenas que a Advocacia-Geral da União promoverá a

autocomposição extrajudicial, a interpretação sistemática dos dispositivos citados leva a compreender que cabe à CCAF exercer tal papel.

Conforme indicado anteriormente, tem-se por hipótese que as características da câmara de autocomposição têm poder de influência no deslinde do conflito, razão porque se mostra necessário aferir quais são tais influências. Ao se olhar para o desenho legal da CCAF, percebe-se que não só as características da câmara em si, mas também as características do sistema em que ela se insere — especialmente o mecanismo de que ao ente ou órgão é vedado judicializar o conflito sem autorização da mesma autoridade que, a um só tempo, chefia a instituição na qual se desenvolverá o procedimento de conciliação e é a autoridade competente para o “arbitramento” da controvérsia em caso de não haver autocomposição — são fatores que podem ter influência relevante no resultado do deslinde da controvérsia.

Em análise teórica, é possível cogitar que:

- (i) o fato de se tratar de uma câmara pública, com procedimento formal, confere institucionalização e ares de “oficialidade” que transmitem segurança jurídica; logo, a natureza da CCAF teria uma influência positiva em termos de incentivo à celebração de um acordo, pois a natureza pública da CCAF, familiar às partes envolvidas no litígio, possibilita uma maior confiança e um ambiente mais conciliatório;
- (ii) o fato de o conciliador ser membro da Advocacia-Geral da União e presumidamente especialista em Direito Público contribui condição para uma condução eficiente das tratativas; logo, a qualificação do conciliador também seria uma característica com influência positiva em termos de incentivo à celebração de um acordo, pois o fato de o procedimento ser conduzido por um membro da AGU, especialista em direito público e que conhece as nuances da relação jurídica posta em litígio, também gera uma sensação de maior confiança e conforto às partes;
- (iii) a vedação à judicialização sem antes haver a tentativa compulsória de autocomposição, somada à possibilidade de “arbitramento” caso a autocomposição seja mal sucedida, imprime uma pressão redutora da espontaneidade dos envolvidos na busca por um acordo, o qual possivelmente não seria celebrado caso os envolvidos estivessem em circunstâncias totalmente livres, pois a própria estrutura do sistema cria uma coerção psicológica aos partícipes que, por receio de ter a matéria arbitrada pelo representante legal de um dos entes com interesses conflitantes, acabam por aceitar forçosamente a via do acordo.

Para testar tal hipótese teórica, desenvolve-se o estudo de caso, de modo a aferir se as citadas características tiveram o efeito imaginado. Para além dos

dados documentais, foi possível obter dados a partir de entrevistas conduzidas com um representante relevante de cada parte envolvida no litígio, de modo a viabilizar o teste da hipótese.

3 Estudo de caso: o caso REHUF-UNIFESP

3.1 Descrição do caso

3.1.1 A origem da controvérsia

O caso estudado na presente pesquisa diz respeito a processo administrativo de conciliação extrajudicial (NUP 00895.000385/2017-34), realizado no âmbito da CCAF, no período de 07 de julho de 2017 (pedido de instauração do pedido de conciliação) a 12 de novembro de 2018 (data da homologação do acordo pela então Advogada-Geral da União).¹⁴ O conflito que originou o processo administrativo envolve repasse de recursos financeiros pelo Ministério da Saúde à Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP).

Ocorreu que o Ministério da Saúde, por meio da publicação das Portarias nºs 1.093 e 1.094, de 28 de abril de 2017, suspendeu o repasse financeiro referente ao Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais (REHUF), eis que não incluiu o Hospital São Paulo (hospital universitário da UNIFESP) no rol dos hospitais universitários destinatários do referido recurso. Isso porque, trata-se o REHUF de programa instituído por meio do Decreto Federal nº 7.082/2010, que tem como objetivo *criar condições materiais e institucionais para que os hospitais universitários federais possam desempenhar plenamente suas funções em relação às dimensões de ensino, pesquisa e extensão e à dimensão da assistência à saúde* (art. 2º).

De acordo com o entendimento exarado no parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (Parecer nº 00509/2017/CONJUR/MS), o que motivou a suspensão de recursos foi o fato de que o Hospital São Paulo (HSP) estaria sendo beneficiado por duas políticas públicas diversas e que não comportam cumulação. De um lado, recebe imunidade tributária por meio do CEBAS (Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social em Saúde) e, de outro, recebe repasses federais por ser integrante da rede de hospitais universitários da rede do SUS.

¹⁴ Sobre o caso concreto, ver também o estudo: CARDOSO, Christiana Beyrodt; EIDT, Elisa; BARBOSA, Pedro Ivo Biancardi Barbosa; SALVO, Sílvia H. P. G. J. di. *Estudo de caso: conciliação CCAF NUP: 000895.000385/2017-34 de 2018 - Repasse de Recursos Públicos ao Hospital São Paulo da UNIFESP*. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo (Coord.); BARROS FILHO Wilson Accioli de. (Org.). *Acordos Administrativos no Brasil*. Teoria e Prática. São Paulo: Almedina, 2020.

De fato, a situação híbrida e *sui generis* do HSP permite que suas dependências sejam compartilhadas pela Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM), entidade privada e proprietária do hospital, e pela UNIFESP, que o utiliza como hospital de ensino.

No entanto, conforme destaca o parecer do Ministério da Saúde, a certificação das entidades beneficentes de assistência social e a isenção de contribuições para a seguridade social são concedidas às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos (art. 1º da Lei 12.101/2019), ao passo que o enquadramento no programa REHUF exige que o hospital preste 100% de seus serviços ao SUS (art. 2º, § 2º, inciso II, do Decreto nº 7.082/2010 c/c art. 7º, inciso II, da Portaria Interministerial nº 883/2010, que regulamenta o Decreto). Na conclusão do Ministério da Saúde, portanto, “a sistemática normativa pertinente impõe que a produção do Hospital ou seja utilizada para fins de obtenção do CEBAS ou o HSP seja considerado como Hospital Universitário com atendimentos 100% SUS realizados nos termos do REHUF” (fl. 260).

3.1.2 O pedido de autocomposição

Em 07 de julho de 2017, a UNIFESP apresenta à CCAF pedido de tentativa de conciliação com o Ministério da Saúde, em que afirma a regularidade da destinação dos recursos do Programa REHUF para o hospital universitário da UNIFESP. Além disso, entre outros argumentos trazidos em sua manifestação, alega que a suspensão realizada pelo Ministério da Saúde não foi precedida de um devido processo legal, onde seria possível exercer seu contraditório e sua ampla defesa.

Para fins de análise do presente trabalho, destaca-se a afirmação da UNIFESP de que possuiria “razões suficientes para obter o provimento judicial voltado a anular o ato do Ministério da Saúde que suspendeu o acesso da Unifesp” mas, no entanto, “há vedação para o ingresso em juízo nestes casos” (fl. 36).

3.1.3 O procedimento de conciliação na CCAF: duas etapas

Após admissão do conflito para a tentativa de conciliação, a CCAF promoveu, em um primeiro momento, quatro sessões de conciliação, no período de agosto a dezembro de 2017 (primeira etapa). Na sessão inicial, cumpre destacar que o conciliador designado esclareceu que o caso, por se tratar de controvérsia jurídica, poderia ser submetido a arbitramento pela Advogada-Geral da União, nos termos dos arts. 36 e 39 da Lei nº 13.140/2015 (fls. 72-73).

Ao final da última sessão de conciliação dessa primeira etapa, a controvérsia restou cindida em dois pontos: o consenso entre os envolvidos de que o novo Hospital São Paulo II, a ser entregue no primeiro semestre de 2018, será incluído

no REHUF; o período em que o HSP ficou a descoberto do repasse de recursos, de maio de 2017 até a efetiva entrada do HSP II no REHUF, ensejaria o arbitramento, pois persistiu a divergência. Nesse sentido, o conciliador que atuou na primeira etapa do procedimento da conciliação encaminhou o caso para decisão pela Advogada-Geral da União (fls. 159-163).

Após apresentação das razões finais pelos envolvidos na controvérsia, foram realizadas duas novas reuniões na CCAF, em maio de 2018, já com uma nova conciliadora. No e-mail de fl. 305, a conciliadora esclareceu que “fui designada para elaborar parecer para solucionar controvérsia de que trata o processo em referência. Entretanto, em novas conversas com representante do Ministério da Saúde, vislumbrou-se uma possibilidade de resolução consensual para o conflito”.

Dessa forma, reabriu-se a tentativa de conciliação para o ponto da controvérsia que havia sido encaminhado para arbitramento. Após a realização de duas reuniões, foi redigido o termo de conciliação, o qual deveria ainda ser submetido à homologação dos respectivos Ministros de Estado, não presentes nas sessões. As cláusulas do acordo foram as seguintes:

Cláusula Primeira – MS aumenta o valor da contratualização do Hospital São Paulo para R\$ 6 milhões, com contrapartida da Secretaria do Estado de Saúde no valor de R\$ 3 milhões. Já houve pactuação prévia entre o MS e a SES.

Cláusula Segunda – MEC reconhece o Hospital São Paulo como entidade em que se desenvolvem atividades de ensino e pesquisa da Unifesp, razão pela qual pode fazer jus ao recebimento de recursos deste Ministério.

Cláusula Terceira – A UNIFESP desiste dos questionamentos jurídicos feitos às Portarias do MS relativas ao REHUF 2017 e 2018.

Cláusula Quarta – Na hipótese de a UNIFESP voltar a receber recursos do REHUF, o valor do teto da contratualização será reduzido.

Cláusula Quinta – o cumprimento dos compromissos presentes no termo de conciliação é de responsabilidade dos órgãos e entidades públicas envolvidas.

Cláusula Sexta - A CCAF, ao tomar conhecimento do descumprimento dos termos do acordo, encaminhará o assunto aos órgãos competentes da AGU, para adoção das medidas pertinentes.

Cláusula Sétima – o termo será submetido à homologação da Advogada-Geral da União.

Por fim, restou consignado que o procedimento conciliatório no âmbito da CCAF é de natureza voluntária, sendo que os compromissos assumidos e eventuais descumprimentos são de responsabilidade originária de cada ente ou órgão

signatário. Ainda, que, após homologação, o termo serviria de título extrajudicial, conforme disposto no art. 20, par. único, da Lei nº 13.140/2015.

Considera-se relevante destacar as observações constantes no despacho que encaminhou o termo de conciliação para a devida homologação (fls. 411-414). Com efeito, a diretora substituta da CCAF reconhece que a conciliação realizada não enfrentou a controvérsia jurídica relativa à legalidade do repasse dos recursos do REHUF ao HSP, ao mesmo tempo em que esclarece que a autocomposição na CCAF não tem como objetivo a solução de controvérsias jurídicas, mas sim “gerar opções para o deslinde do conflito, que melhor atendam ao interesse público, sob a perspectiva da legalidade, celeridade, economicidade e vantajosidade”.

No mesmo sentido, no despacho de encaminhamento para homologação (fl. 421), pelo Consultor-Geral da União à Advogada-Geral da União, constou a ressalva de que o termo de conciliação elaborado pela CCAF “não dá quitação, nem tampouco atesta a legalidade do recebimento de recursos do REHUF pelo Hospital São Paulo”, concomitantemente às isenções tributárias relacionadas ao CEBAS.

Por fim, deixa expresso que referida controvérsia deverá ser analisada pelos respectivos ministérios (Educação e Saúde), cabendo a eles adotar as medidas que considerarem cabíveis para resolução da questão. Em 12 de novembro de 2018, o termo é homologado pela Advogada-Geral da União.

3.1.4 A atuação do Ministério Público Federal: controvérsia judicializada

Conforme ressalvado pela própria CCAF, o acordo firmado e homologado na segunda etapa do procedimento de conciliação não enfrentou a controvérsia jurídica em relação à descontinuidade do repasse de recursos pelo Ministério da Saúde ao HSP. Tratou-se o acordo, em verdade, de uma medida compensatória para a perda financeira enfrentada pelo HSP, por meio de um aumento da contratualização pelo SUS, com a contrapartida da Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo.

Por outro lado, o Ministério Público Federal (MPF) orbitou em torno do procedimento de conciliação desde o seu início, conforme se percebe pela Recomendação nº 32/2017, de 22 de agosto de 2017 (fls. 64-68). Das razões constantes nos seus considerandos e da recomendação ao Ministério da Saúde para imediata destinação de recursos do REHUF ao HSP, sob pena de adoção de medidas extrajudiciais e/ou judiciais, verifica-se que a posição do órgão ministerial coincide com aquela defendida pela UNIFESP.

Na segunda etapa da conciliação realizada no âmbito da CCAF, antes da homologação do acordo, a UNIFESP esclareceu (fl. 335) que a questão já se encontrava

judicializada, por meio da Ação Civil Pública n. 5003777-86.2018.4.03.6100, ajuizada pelo MPF em 15 de fevereiro de 2018.

A Advocacia-Geral da União, por outro lado, não se manifestou expressamente a respeito dessa informação. Com efeito, a cláusula terceira do acordo homologado parece vincular somente a UNIFESP, em nenhum momento fazendo referência ao MPF e à ação judicial já em curso.

No momento da finalização desta pesquisa, o referido processo judicial se encontrava concluso para sentença.

3.2 Teste da hipótese: análise documental e entrevistas

Para testar a hipótese, optou-se por duas formas de coleta de dados: a análise dos documentos do procedimento, públicos e facilmente acessíveis, e a realização de entrevistas com os principais partícipes do procedimento.

Com relação às entrevistas, cumpre destacar a metodologia aplicada. Com o intuito de não induzir, inicialmente, as respostas, optou-se pela construção de um primeiro bloco de quesitos, mais abertos, através do qual seria possível a obtenção de percepções gerais dos entrevistados. Em um segundo momento, denominado segundo bloco, foram apresentados quesitos mais direcionados, de modo a viabilizar a obtenção de respostas que permitissem a verificação da hipótese. Por fim, no terceiro bloco, voltou-se a perguntas mais abertas, com o intuito de verificar a percepção dos entrevistados sobre o resultado do acordo. Os quesitos podem ser verificados no anexo ao presente estudo.

Assim, buscou-se analisar a hipótese a partir do teste das três características mais marcantes da CCAF, já destacadas neste estudo.

3.2.1 1ª Característica: a natureza pública da CCAF

Os dados coletados na análise documental do procedimento sugerem a confirmação da hipótese. Pode-se presumir que a instauração do procedimento de conciliação a partir de convite oficial da Direção da CCAF (fls. 300-304), por sua natureza de órgão público, incentivou a participação dos órgãos e entidades públicas federais convidados.

Além disso, os documentos (fls. 60 e 305) também demonstram que o fato de seus conciliadores serem membros da AGU permite concluir que tais agentes possuem acesso interinstitucional a órgãos e entidades da Administração, o que atua como facilitador do engajamento das partes.

Já a formalidade do procedimento, concretizada por meio do registro de atas, pareceres das Consultorias Jurídicas e o ato de homologação do acordo (fls. 410-420), dá caráter de oficialidade ao acordo celebrado.

Se bem os dados coletados no procedimento sugerem a confirmação da influência positiva da natureza pública do CCAF para a obtenção do acordo, aqueles obtidos nas entrevistas sugerem apenas a confirmação parcial.

Os aspectos formais e públicos extraídos do procedimento são reforçados pelos entrevistados. Um deles afirma claramente que “o fato de o ambiente ser público e todos os envolvidos serem públicos, há um interesse comum [...]. Todos sabiam das limitações decisórias dos que estavam na audiência.”.¹⁵ Outro confirma: “Acho que [a natureza pública da câmara é um fator relevante] sim, é positivo. Os membros pensam nos dois lados.”.¹⁶

Contudo, a partir das entrevistas também se extrai um aspecto negativo da natureza pública da CCAF: a lentidão, ao menos para lidar com situações urgentes. Em meio a rotinas de formalização documental em cadeia, na visão dos participantes, a CCAF parece tomar mais tempo do que o necessário para a condução de conciliação relativa a uma situação emergencial, como parecia ser a que estava em disputa. “O processo se mostrou lento para uma situação tão gritante. Deveria haver mecanismo de busca de solução cautelar”, afirma um dos entrevistados.¹⁷

O que o conjunto de dados nos permite concluir é que a natureza pública da CCAF foi percebida como fator de viabilidade do acordo, nem tanto pela *oficialidade* que, pelos documentos, parece relevante, mas principalmente por ser um ambiente onde as dificuldades administrativas das partes envolvidas eram compreendidas mutuamente. A despeito disso, a ausência de rito especial para lidar com situações urgentes, mais célere do que o rito processual adotado nesse caso, poderia anular um aspecto negativo que sua natureza pode estar produzindo em escala.

3.2.2 2ª característica: a qualificação do conciliador

A análise documental confirma parcialmente a influência positiva de tal característica.

De um lado, o procedimento possui apenas registros de atuação formal do primeiro agente a atuar como conciliador (até dezembro de 2017), de modo que não se extraiu qualquer dado que permita apontar sua efetiva atuação na condução dos debates (fls. 70, 88, 95 e 153).

Por outro lado, percebe-se nos documentos destacados o engajamento do agente que atua como conciliador a partir de julho de 2018, sendo possível se

¹⁵ Entrevistado A.

¹⁶ Entrevistado B.

¹⁷ Entrevistado D.

extrair indícios de proatividade na sua atuação, a exemplo do que consta em relato de comunicação eletrônica (fl. 305).

As entrevistas, por sua vez, corroboram a confirmação parcial.

De fato, as percepções subjetivas dos entrevistados destacam a postura proativa do segundo agente conciliador, assim como seu engajamento e habilidades técnicas na condução do caso. “Sua postura [do conciliador], suas habilidades técnicas e direcionamentos foram fundamentais. Tinha uma percepção clara dos problemas de cada órgão e compreendia as dificuldades”, afirma um dos entrevistados.¹⁸ “[É relevante] a capacidade da responsável pelo procedimento de entender a dificuldade das partes; focar o que traria resultado. Ela foi incansável, seu papel foi essencial”.¹⁹

Extraí-se, contudo, percepção de que a boa qualificação do conciliador atuante na CCAF não se origina automaticamente do fato de ser ele membro da AGU, por requisito normativo, mas de formação complementar que lhe atribua uma dupla qualificação: ser servidor público e ter formação combinada em Direito Público e conciliação. A afirmação de uma entrevistada resume bem esse achado da pesquisa:

É relevante [ser membro da AGU], mas é mais importante ser servidor público. [...] Idealmente, o conciliador seria alguém de formação primária não-jurídica, porque advogados tem tradicionalmente perfil litigante [...]. Como não há como regra servidores advogados com alto nível de instrução na AGU além de seus membros, pragmaticamente [foi] melhor capacitar os advogados.²⁰

Por tudo isso, pode-se concluir que o estudo do caso sugere a confirmação apenas parcial de que a qualificação do conciliador da CCAF influi positivamente para o acordo. A qualificação do conciliador da CCAF inerente ao fato de ser Advogado Público parece relevante não por sua carreira, em si, mas por sua experiência administrativa, o que parece revelar sua sensibilidade e capacidade de compreensão sobre o funcionamento da engrenagem administrativa. Idealmente, tal qualificação deve ser combinada com programas de aperfeiçoamento profissional que lhe permita adquirir conhecimentos fundamentais para atuar na autocomposição de conflitos: proatividade e espírito de consensualidade.

¹⁸ Entrevistado A.

¹⁹ Entrevistado C.

²⁰ Entrevistado B.

3.2.3 3ª característica: a vedação à judicialização e a possibilidade de arbitramento

Não se pode sugerir confirmação da hipótese a partir da terceira e última característica da CCAF destacada neste estudo, ao menos pela análise documental do procedimento.

De um lado, ao se analisar a solicitação de instalação do procedimento de conciliação, não se verifica voluntariedade no requerimento formulado pela Procuradoria Federal da UNIFESP (fls. 36-37), mas sim mera busca de um rito tido como obrigatório pelo comando legal que dificulta a judicialização.

Ao mesmo tempo, o sistema deixa uma porta aberta, a atuação do MPF que, inicialmente, expediu “Recomendação” (fls. 64-68) e depois ajuizou Ação Civil Pública sobre a mesma questão não enfrentada no acordo, requerendo que a UNIFESP fosse reinserida no Programa REHUF.

As entrevistas, ao contrário, confirmam parcialmente a hipótese.

É verdade que parte dos entrevistados percebe que a conciliação poderia ser uma via de solução efetiva da disputa, percebendo-a apenas como meio voluntário para se alcançar a melhor solução ao interesse público, inclusive por desconhecerem os institutos do arbitramento e da autorização prévia de judicialização. “Não sabia [da possibilidade de arbitramento].”²¹

Ocorre que outra parcela destaca que a conciliação era vista somente como uma fase intermediária, que deveria levar à solução final da controvérsia por arbitramento.

A [parte X] queria que a fase conciliatória durasse o menor tempo possível para que a AGU proferisse logo o parecer de arbitramento [...] A [parte Y] não queria, mas parecia que aceitaria tranquilamente uma decisão de ter que executar um parecer contrário [...] O receio só foi percebido na segunda fase, quando ambas as partes perceberam um possível prejuízo com o arbitramento.²²

Por fim, há dados que revelam uma percepção de desequilíbrio entre a União, de um lado, e as autarquias e fundações públicas federais, de outro, quando figuram em lados opostos em procedimento conciliatório conduzido pela AGU.

Uma autarquia não está em patamar de igualdade, perante a AGU, estando do outro lado um Ministro de Estado. Havia sim um temor de ausência de equilíbrio na decisão. [Por outro lado] não tenho razão para achar que houve quebra da imparcialidade por parte do

²¹ Entrevistado C.

²² Entrevistado B.

conciliador. O fato de a PGF estar junto na conciliação, dá uma certa tranquilidade à instituição. [...] Colocar um ministro de estado para decidir, sendo que do outro lado está um [outro] ministro, não há um equilíbrio”.²³

De tudo isso, os documentos do procedimento e as entrevistas combinam para sugerir uma confirmação parcial da influência positiva da terceira característica estudada. A necessidade de autorização prévia para judicialização e o arbitramento em caso de procedimento conciliatório infrutífero parecem de fato pressionar as partes à busca de um acordo, o que gera dúvidas sobre a adequação do sistema aos princípios gerais da consensualidade. Contudo, não se pode afirmar que essas características combinadas sejam o fator mais relevante para impulsionar a celebração dos acordos.

4 Conclusões

A partir dos dados coletados do estudo do caso REHUF-UNIFESP, foi possível testar se as características da CCAF influenciaram, no caso concreto, o desenvolvimento de uma política efetiva de conciliação das controvérsias entre órgãos e entes da Administração Pública.

Sobre a natureza pública da CCAF, o procedimento demonstra que a câmara viabilizou um ambiente negocial em que as dificuldades administrativas das partes eram bem compreendidas, mutuamente e pelos conciliadores, o que foi confirmado pelas entrevistas. Ainda assim, formalismos típicos do processo administrativo parecem dificultar a obtenção de soluções urgentes, como parecia ser recomendável nesse caso.

Já a qualificação do conciliador da CCAF como Advogado Público pareceu incidir positivamente em seu funcionamento. Conforme os relatos colhidos, a falta de proatividade do conciliador e de seu preparo e/ou bom uso das técnicas de conciliação podem influenciar negativamente.

Os dados também revelam que a tríade de soluções administrativas de disputas por meio da AGU (conciliação, arbitramento e autorização prévia para judicialização) pressiona as partes a buscar um acordo, o que gera dúvidas sobre a adequação do sistema à voluntariedade, princípio típico na doutrina jurídica da consensualidade que orienta a busca de soluções autocompositivas. Não se descarta, ademais, questionamentos de constitucionalidade da referida tríade, diante dos princípios de inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF) e da autonomia universitária (art. 207 da CF). O fato é que, embora não se possa

²³ Entrevistado D.

afirmar que estes institutos combinados sejam o único fator que impulsiona a celebração dos acordos, há indícios de que eles funcionaram mais do que a vontade de conciliar em si.

Pareceu influenciar negativamente, além disso, a falta de equidistância da CCAF em relação às partes em disputa, ao menos quando uma delas é órgão da Administração Direta e outra é ente da Administração Indireta. Revela-se certa percepção de que a tríade de soluções incide em benefício da posição defendida por Ministério sem detrimento da apoiada por autarquias e fundações públicas federais. Esse desequilíbrio estaria relacionado ao fato de que, por força de seu desenho constitucional e legal, nas disputas entre Ministérios e entes da Administração Indireta, a AGU se aproxima dos primeiros e se distancia dos últimos. A CCAF, nesse sentido, refletiria esse desequilíbrio, retirando-lhe a equidistância necessária a qualquer instância que busca conciliar controvérsias.

Finalmente, deve-se destacar um dos achados da pesquisa, consistente na Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal sobre o mesmo tema objeto da controvérsia. O caso estudado indicou que o resultado do acordo produzido na CCAF não foi apto a dirimir a controvérsia. O ajuizamento da Ação Civil Pública indicou a existência de uma “válvula de escape” que contornou o sistema de solução de disputa desenhado pelo legislador. Em razão disso, impõe-se reflexão sobre a legitimidade e até mesmo a necessidade desta válvula de escape. É legítimo que o Ministério Público Federal ajuíze tal ação, tendo em vista a existência de um sistema legalmente desenhado para solucionar a controvérsia de outra forma? O não enfrentamento do mérito propriamente dito da controvérsia faz com que soluções alternativas precisem permanecer sujeitas à judicialização por um terceiro?

É certo que as conclusões obtidas neste estudo não podem ser generalizadas, como regra geral, e nem foi essa a pretensão quando da realização da pesquisa. O que se buscou verificar é se a hipótese, desenhada a partir de percepções teóricas, seria ou não confirmada no caso concreto selecionado.

A partir das conclusões obtidas em cada uma das características, entende-se pela confirmação parcial da hipótese: é possível, sim, que as características da CCAF influenciem positivamente para a obtenção do acordo.

Espera-se que a presente contribuição possa embasar outras pesquisas sobre a CCAF, com a análise de mais casos procedimentalizados na câmara, o que poderia corroborar ou rejeitar as sugestões que se extrai a partir deste estudo.

The Conflict Solution in the Federal Conciliation and Arbitration Chamber: A Case Report – UNIFESP x União

Abstract: This article consists of a case report related to an administrative process of self-composition within the scope of the Federal Conciliation and Arbitration Chamber (CCAF). It is, therefore, an

empirical research that uses documentary analysis and interviews to investigate whether the CCAF's own characteristics contribute to the realization of the administrative agreement. The characteristics to be investigated are the CCAF as a public chamber, the qualification of the conciliator who acts in the case (member of the State Attorney General Office), the prohibition of immediate judicialization in conflict between Federal Administration bodies and the arbitration institute. From the data collected, it was possible to conclude, among other findings, that the officiality of an institutional procedure contributes to the formalization of agreements between public agencies. On the other hand, that the prohibition of judicialization and the binding of CCAF to the Direct Public Administration can present obstacles to a voluntary and equidistant conciliation procedure of the parties involved.

Keywords: Self-composition. CCAF. Case report. Federal Administration. Administrative Chamber.

Referências

BRASIL. Banco Central do Brasil. Regimento Interno do Banco Central do Brasil. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/acessoinformacao/Documents/regimento_interno/RegimentoInterno.pdf. Acesso em 25 fev. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. Desestatização: estatais federais e balanço das privatizações e desinvestimentos. Disponível em: <http://www.economia.gov.br/central-de-conteudos/apresentacoes/2019/o-estado-empresario-seddm.pdf/view>. Acesso em: 25 fev. 2020.

BRASIL. Procuradoria-Geral Federal. Portaria nº 701, de 16 de novembro de 2017. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/702007. Acesso em: 25 fev. 2020.

CARDOSO, Christiana Beyrodt; EIDT, Elisa; BARBOSA, Pedro Ivo Biancardi Barbosa; SALVO, Silvia H. P. G. J. di. *Estudo de caso: conciliação CCAF NUP: 000895.000385/2017-34 de 2018 - Repasse de Recursos Públicos ao Hospital São Paulo da UNIFESP*. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo (Coord.); BARROS FILHO Wilson Accioli de. (Org.). *Acordos Administrativos no Brasil. Teoria e Prática*. São Paulo: Almedina, 2020.

CASSESE, Sabino. A arena pública: novos paradigmas para o Estado. In: _____. *A crise do Estado*. Trad. Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

CRETELLA JUNIOR, José. Princípios informativos do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 93, 1968.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. Considerações gerais. In: _____. (org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O tema da arbitragem no contexto da Administração Pública. In: CAHALI, José Francisco; RODOVALHO, Rodrigo; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129 de 26-5-2016*, p. 85-104. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

Anexo – perguntas das entrevistas

Bloco I (abertas sobre percepções gerais)

1. O que motivou ir à CCAF?
2. O que levou o ente a realizar o acordo?
3. Iniciado o procedimento, o que foi importante para seguir com as tratativas?
4. Por que seguir com tratativas em vez de seguir em direção ao arbitramento pelo AGU?

Bloco II (fechadas sobre características específicas)

5. Havia receio do arbitramento?
6. Que características propiciou um ambiente favorável ao acordo?
7. Como é o ambiente da CCAF?
 - 7.1. Você teve oportunidade adequada para expor seus entendimentos?
 - 7.2. Entende que houve devida atenção dos demais agentes aos seus argumentos?
 - 7.3. Você se sentia à vontade para negociar?
8. O fato de a Câmara ser um órgão público foi relevante?
9. O conhecimento de direito público pelo (a) conciliador(a) é relevante?
10. O fato de o conciliador ser advogado público é relevante?
11. O fato de ter um processo administrativo formal é relevante?
12. O fato de ter um possível arbitramento ao final é relevante?
 - 12.1. Você sabia quem faria o parecer que iria ao Consultor-Geral e ao Advogado-Geral para o arbitramento?

Bloco III (abertas sobre o resultado do acordo)

13. Você ficou satisfeito com o procedimento? O procedimento foi útil?
14. Caso entenda que há problemas, como avalia que o procedimento poderia ser mais efetivo?

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOARES, Boni de Moraes; MEGNA, Bruno Lopes; EIDT, Elisa Berton; BERTÃO, Rafael Calheiros. A autocomposição de conflitos na Câmara de Conciliação e arbitragem da Administração Federal: estudo do caso – UNIFESP x União. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 02, n. 04, p. 21-44, jul./dez. 2020.

O afeto nos métodos de solução de controvérsias

Celia Caiuby

Advogada colaborativa, mestranda em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais pela Escola Paulista de Direito, Vice-Presidente da Comissão de Práticas Colaborativas da OAB/RJ; membro da Comissão de Práticas Colaborativas da OAB/SP e da Comissão de Família e Tecnologia do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), coordenadora da Comissão de Tecnologia e Inovação do Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas (IBPC), membro da International Academy of Collaborative Professionals (IACP) e Research Specialist na Future Law. Endereço: Rua Casa do Ator, nº 435, apartamento 112, Vila Olímpia, São Paulo, CEP:04546-001, telefone: (21) 98106.0909. *E-mail:* celiacaiuby@hotmail.com

Andrea Maia

Advogada, Mediadora, fundadora da Mediar360 e Vice-Presidente de Mediação do CBMA, especialista em Direito Empresarial. Mediadora Certificada pelo CAO – Compliance Advisor/Ombudsman – braço independente de resolução de controvérsias do Banco Mundial. Membro do Painel Global do CPR – International Institute for Conflict Prevention and Resolution. Membro do Conselho fiscal da AB2L – Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs. Vice-Presidente de Mediação da Comissão de Designação de Mediadores da CIAM – Centro Internacional de Arbitraje de Madrid. Presidente do Comitê de Mediação da “International Bar Association” no biênio 2017-2018. Endereço: Rua Hélio Seelinger 155, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, CEP: 22640-040, telefone: (21) 98778.3698. *E-mail:* andrea@mediar360.com.br

Resumo: O artigo aborda o afeto sob o seu aspecto filosófico, propondo uma reflexão racional sobre as percepções individuais de cada parte envolvida em um conflito para analisar de que forma essa afetação influencia os métodos de solução de controvérsias. Avalia as mudanças de concepção de mundo sob a ótica de Thomas S. Kuhn, segundo a qual apesar do mundo, no sentido de universo material ser o mesmo desde sempre, as visões e concepções de mundo mudam de acordo com a sociedade que o habita naquele determinado momento. Prossegue considerando como as crenças e a capacidade imaginativa foram determinantes para a formação da sociedade humana e como as emoções influenciam as tomadas de decisão. Ao considerar as tomadas de decisão como um processo mais emocional que racional, o artigo avança abordando a relação do afeto com os métodos de solução de controvérsias, aludindo os regimes de identificação propostos por Vladimir Safatle e o medo como afeto político, capaz de gerar um comportamento social paranoico e avesso à violência e ao risco para correlacionar todo esse contexto à importância da adequação do conflito ao ambiente/método de solução de controvérsias para a eficiência das negociações.

Palavras-chave: Afeto. Tomada de decisão. Adequação. Métodos de Solução de Controvérsias.

Sumário: Introdução – **1** Abordagem filosófica do afeto – **2** Evolução organizacional da humanidade: crenças e imaginação – **3** A ciência por trás da tomada de decisão – **4** Doutrina dos afetos – **5** Relação do afeto com os métodos de solução de controvérsias – **6** Considerações finais: o meio adequado a resolução de determinado conflito será o mais eficiente – Referências

Introdução

Estudos científicos, dos mais diversos ramos, dentre os quais a psicologia social, neurociência, economia comportamental, etc., demonstram que a maioria das Decisões dos indivíduos são tomadas pela parte do cérebro relacionada às emoções.

Na medida em que o tempo passa e adquirimos experiências, afetamos o ambiente e os outros, assim como somos afetados por eles. Inegável, portanto, que a tomada de decisão individual baseada nas emoções é influenciada pelo ambiente considerando as experiências de cada um, o seu lugar no mundo (geografia), à época (tempo), as crenças e mitos, construções sociais, etc.

Partindo dessa premissa, abordaremos o afeto, sua importância e desdobramentos nos métodos de resolução de conflitos.

1 Abordagem filosófica do afeto

Ao falar de afeto nos referimos à afetação, ou seja, como somos afetados e como afetamos o ambiente e as pessoas.

Spinoza dedica uma parte de sua obra *Ética*¹ à origem e natureza dos afetos e da potência da mente sobre eles, definindo por afeto as afecções do corpo pelas quais sua potência de agir é aumentada ou diminuída.

Importa dizer que as decisões da mente são tomadas com base em lembranças prévias de outros afetos e experiências vivenciadas na interação com outras pessoas, lugares, objetos, etc. Nas palavras do autor²:

[...] Simplesmente por imaginarmos que uma coisa tem algo de semelhante com um objeto que habitualmente afeta a mente de alegria ou de tristeza, ainda que aquilo pelo qual a coisa se assemelha ao objeto não seja a causa eficiente desses afetos, amaremos, ainda assim, aquela coisa ou a odiaremos.

Nesse contexto, inegável que a localização geográfica, cultura, interações sociais e, principalmente o momento histórico, influenciam na formação dos afetos e nas causas pelas quais esses afetos são determinados e determinam nossa forma de sentir e agir.

Não se pode ignorar que a sociedade está em constante transformação e que conceitos, regras e visões de mundo que já ditaram uma época podem não mais se adequar ou fazer sentido para as gerações seguintes.

¹ SPINOZA, Benedictus de. *ÉTICA*. Belo Horizonte: Autêntica, 2018.

² *Ibid.* p. 110.

Não há necessidade de se fazer longas digressões para perceber o quanto a sociedade e o mundo estão em permanente evolução. Hoje, a globalização é uma realidade e a tecnologia está inserida na vida da maior parte da população mundial.

O acesso à internet e aos dispositivos móveis diminui fronteiras, aproxima interesses, divulga notícias (verdadeiras e falsas) em tempo real, permite a realização de operações financeiras, compras, reclamações, e até mesmo resolução de conflitos.

Diante de tantas possibilidades, é difícil imaginar que há pouco mais de 40 anos atrás sequer existia divórcio no Brasil, e que formalizar juridicamente a extinção de um vínculo conjugal somente passou a ser possível com a edição da Lei 6015/77.

Do mesmo modo, foram inúmeras as transformações pelas quais o mundo passou no século XX, com a chamada Terceira Revolução Técnico-Científica, também conhecida como Terceira Revolução Industrial.

Em tal período, o processo de inovação tecnológica marcado por avanços na área da informática, robótica, telecomunicações, transportes, biotecnologia, e nanotecnologia foram marcantes.

No início do século XX, em 1913, a linha de produção na indústria foi popularizada por Henry Ford; a primeira transmissão de televisão aconteceu em 1928; a pílula anticoncepcional desenvolvida em 1951 permitiu o controle de natalidade, maior liberdade sexual e avanços na busca por igualdade de gênero, ocasionando uma revolução comportamental que culminou no movimento Hippie, popularizado na década de 60.

A fibra ótica revolucionou o campo das telecomunicações em 1952. Em 1957 o primeiro satélite artificial – *Sputinik* – entrou em órbita; e em 1961, em plena guerra fria,³ o astronauta russo Yuri Gagarin foi o primeiro homem a ir ao espaço.

Assistimos à corrida armamentista, à descoberta do processo físico fundamental para a geração da energia nuclear (em 1938), à popularização dos micro-computadores de uso pessoal na década de 80, à criação da *World Wide Web* – Rede Mundial de Computadores (*internet*) – em 1992, dentre diversos outros avanços tecnológicos e científicos, que incluem a clonagem de mamíferos (1997)

³ Guerra Fria é a designação atribuída ao período histórico de disputas estratégicas e conflitos indiretos entre os Estados Unidos e a União Soviética, compreendendo o período entre o final da Segunda Guerra Mundial (1945) e a extinção da União Soviética (1991), um conflito de ordem política, militar, tecnológica, econômica, social e ideológica entre as duas nações e suas zonas de influência. É chamada “fria” porque não houve uma guerra direta entre as duas superpotências.

e o lançamento do primeiro *Iphone* em 2007, seguido da economia dos APPs⁴ que permite acessar uma gama de comodidades, serviços, entretenimento, etc. por meio de um dispositivo móvel em um mundo cada vez mais conectado.

Mas não foram somente os avanços na área da indústria, ciência e tecnologia que marcaram o século XX. Durante tal período, o mundo atravessou 2 guerras mundiais e grandes conflitos políticos como a guerra do Golfo em 1990 que culminou na guerra do Iraque em 2003 e mais recentemente fomos pegos de surpresa pela pandemia do COVID-19.

Atualmente, o século XXI se depara com grandes desafios. A população mundial quase quadruplicou de um século para outro, e com o crescimento demográfico também cresceram as desigualdades que desencadearam novos conflitos.

O mundo precisa lidar com antagonismos próprios dessa nova era. Ao mesmo tempo em que a globalização já é uma realidade, surgem demandas por protecionismo econômico e fortalecimento da soberania.

As guerras, antes bélicas, hoje são comerciais. Enquanto diversos países avançam no reconhecimento e legitimação de direitos humanos, inclusive relacionados a questões de gênero, em outros cresce a intolerância, o extremismo religioso e o terrorismo.

Enquanto se debate a existência e legitimidade de uma Nova Lex Mercatória, o Reino Unido deixa a União Europeia; ao mesmo tempo em que a ONU estabelece objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, o mundo acompanha o drama dos refugiados, etc.

Nos dizeres de Thomas Kuhn “embora o mundo não mude com uma mudança de paradigma, depois dela o cientista trabalha em um mundo diferente”.⁵

Para Kuhn a natureza está em fluxo, de modo que as coisas não são exatamente as mesmas.

Apesar do mundo, no sentido de universo material ser o mesmo desde sempre, as visões e concepções de mundo mudam de acordo com a sociedade que o habita naquele determinado momento.

O que ocorre durante uma revolução científica é uma alteração da consciência que transforma o entendimento.

Vladimir Safatle em resposta a crítica da duração acerca do tempo, defende a temporalidade concreta, de que o tempo, no sentido concreto, é o resultado do passado e está gestando o futuro.⁶

⁴ Disponível em: <https://www.ilocomotiva.com.br/single-post/2019/04/17/EXAME-A-Economia-dos-Apps>
Acesso em 05 de setembro de 2020

⁵ KUHN, Thomas S. A ESTRUTURA DAS REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS. São Paulo: Perspectiva, 2017. p. 214.

⁶ SAFATLE, Vladimir. O CIRCUITO DOS AFETOS – Corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

Ao evoluir na contraposição de um tempo e história universal, Safatle defende a ocorrência de um processo contínuo de mutação e movimento a corroborar as proposições de Kuhn no sentido de que o mundo, enquanto sociedade, está em constante transformação.

Assim, correlacionando o mundo em movimento e as mudanças de paradigma propostas por Kuhn e Safatle juntamente com o afeto na visão de Spinoza, se conclui que a definição geográfica, o espaço físico que cada indivíduo ocupa no mundo, assim como o momento histórico, cultural, os traumas e as relações sociais que o cercam, influenciarão nos afetos e nas suas sensações de alegria ou tristeza, empatia ou repulsa, segurança ou insegurança, que interferirão positiva ou negativamente numa situação de conflito.

2 Evolução organizacional da humanidade: crenças e imaginação

Yuval Noah Harari, em sua obra *SAPIENS*, Uma breve história da humanidade afirma que o grande diferencial do *Homo sapiens* no processo evolutivo organizacional se deve a sua capacidade imaginativa, de criar ficção e acreditar nos mesmos mitos.⁷

O autor enfatiza que um grande número de estranhos pode cooperar de maneira eficiente quando acredita nos mesmo mitos.

Menciona que essa premissa se aplica tanto ao Estado Moderno quanto a uma tribo arcaica, pois em ambas os mitos partilhados somente existem na imaginação coletiva das pessoas.

Inegável que as crenças e a capacidade imaginativa foram determinantes para a formação e organização da sociedade humana.

Como exemplo o autor cita mitos religiosos, ressaltando que dois fieis que compartilhem a mesma crença, ainda que nunca tenham se visto, são capazes de lutar juntos em uma cruzada, ou levantar fundos para uma determinada obra social, por acreditarem no mesmo Deus e nos mesmos princípios de caridade.

No mundo dos negócios e do comércio não é diferente. Negociações comerciais pressupõem a existência de crença, que pode ser definida como confiança.

Na história contemporânea, a confiança é depositada em entidades fictícias como o mercado, a economia, o dólar, os bancos, marcas registradas e sociedades empresárias, que, dentre tantos outros exemplos, possuem sua validade, eficácia e personalidade jurídica calcadas em um consenso social baseado em ficção.

⁷ HARARI, Yuval Noah. *SAPIENS – Uma breve história da humanidade*. Porto Alegre: L&PM, 2018.

O comércio, os impérios e as religiões universais, são ficções que fizeram com que evoluíssemos para o mundo globalizado de hoje.

Nesse contexto, é importante relacionar essas crenças e ficções à forma como as pessoas tomam decisões para analisar o papel que o afeto desempenha nos métodos de solução de controvérsias.

3 A ciência por trás da tomada de decisão

Quando se trata de tomada de decisão o cérebro caminha por algumas etapas: primeiro organiza o pensamento considerando todas as alternativas, em seguida analisa a quantidade de informações, avaliando custo e benefício, para então ponderar as possibilidades, suas consequências e finalmente decidir.

Mas não basta decidir; entre escolher que caminho seguir e efetivamente colocar tal escolha em prática há outro processo, que leva, pelo menos, um décimo de segundo. Ou seja, a mente precisa de tempo para processar a informação e colocá-la em ação.

O lobo frontal trabalha juntamente com o sistema límbico, que é a área do cérebro relacionada às emoções. É lá que são registradas todas as sensações, boas e ruins.

Seguir por um caminho desconhecido ou manter aquele já experimentado? Como o cérebro escolhe entre ousar ou não, quando os dois caminhos são possíveis?

Qualquer decisão aciona o lado racional e emocional do cérebro, contudo, hoje se sabe, que o acionamento do lado emocional é o que predomina.

Ao considerar as tomadas de decisão como um processo mais emocional que racional, se admite que as decisões são norteadas por componentes afetivos, até mesmo quando o tema envolve decisões econômicas.

Neste aspecto, Daniel Kahneman, especialista em economia comportamental e agraciado com o Prêmio Nobel de Economia no ano de 2002, esclarece que, em se tratando de tomada de decisão, a aversão a perdas influencia quase tudo.⁸

Segundo Kahneman, em geral, a aversão a perdas é uma força no sentido da paralisia, pois a análise das desvantagens em se fazer um movimento pesa mais do que as vantagens.

Implica dizer que toda tomada de decisão se baseia numa análise do custo benefício que pode gerar. Mas neste processo, o maior peso é dado às perdas e o menor aos ganhos. Ou seja, tendemos a evitar mais as perdas do que a desejar os ganhos.

⁸ Daniel Kahneman é um teórico da economia comportamental, a qual combina a economia com a ciência cognitiva para explicar o comportamento aparentemente irracional da gestão do risco pelos seres humanos.

Em relação ao benefício da decisão, importante frisar que a sua avaliação está sempre associada ao prazer, enquanto a avaliação do risco se aproxima do sentimento do medo e do desprazer.

A possibilidade de sucesso emana uma sensação de prazer, enquanto a possibilidade de fracasso, emana exatamente o sentimento oposto de perda e desprazer.

Assim, pode-se dizer que a emoção constitui uma ferramenta eficaz para avaliação do benefício das decisões. Ou seja, sensações relacionadas ao prazer são associadas a decisões corretas e sensações associadas ao desprazer ou à dor, são associadas a decisões erradas.

Durante o processo de tomada de decisão há uma avaliação conjunta entre a imaginação e emoção, consciente e inconsciente, na análise das alternativas.

Diante de opções, o cérebro decidirá por aquela que possa oferecer maior retorno.

Pode-se concluir que a tomada de decisão está diretamente relacionada à avaliação dos benefícios que podem advir desta ação. De tal forma, se o benefício superar o risco, a ação estará garantida. Por outro lado, se o risco e o benefício forem equivalentes se estabelecerá um conflito com um consequente adiamento da decisão.

Em situações de crise e de incerteza elevada, tal como nos conflitos, os efeitos da aversão a perdas são exacerbados, dificultando em muito a tomada de decisão.

4 Doutrina dos afetos

A *doutrina do afetos* consiste em um conceito teórico de estética musical sistematizado no período Barroco, derivado das ideias clássicas da Retórica que sustentavam que a música influenciava os “afetos” e as emoções dos ouvintes, segundo um conjunto de regras que relacionavam determinados recursos musicais a estados emocionais específicos.⁹

Os compositores deste período histórico, procuravam encontrar meios musicais pelos quais pudessem exprimir emoções ou estados de espírito particulares padronizados na composição, com a finalidade de despertar e intensificar estes efeitos musicais nos ouvintes por meio de contrastes violentos.

Os filósofos e pensadores da época acreditavam que a música afetava o caráter humano e que os diferentes tipos de música produziam afetações

⁹ LIMA, Sonia Regina Albano de. A MÚSICA E OS SENTIMENTOS HUMANOS. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/interdisciplinaridade/article/download/24884/18048>, Acesso em 05 de setembro de 2020.

diferenciadas. Genericamente havia músicas que tinham o efeito de acalmar e elevar o espírito humano e outras que suscitavam a excitação e o entusiasmo.

A música deste período não era, portanto, composta para exprimir os sentimentos de um artista de forma individual, mas sim, para representar os afetos de todos os ouvintes, num sentido genérico.

Na atualidade, o cinema e a televisão se valem desse conceito para enfatizar emoções e contextualizar cenas através de trilhas sonoras adequadas a cada contexto. Trata-se da música como moderador de humor.

Sem dúvida o corpo responde de forma diversa a sons e estímulos musicais diferentes. A sensação de se ouvir uma música clássica difere completamente daquela proporcionada aos sentidos ao se ouvir ritmos mais agitados, com batidas mais marcadas, tais como funk ou samba.

Estados de euforia ou quietude podem ser estimulados a partir de sons.

É possível, portanto, a utilização de recursos externos, tais como a música, para influenciar emoções, guiar sensações e, conseqüentemente alterar o ambiente.

Pode-se constatar tais afirmações ao se observar a música utilizada em distintos locais, tais como o consultório de um dentista, hospitais, elevador, *lounges* de espera, bares, restaurantes etc.

Na medida em que a música mobiliza os sentidos, seja reforçando significações já instituídas socialmente, seja atualizando novos significados, permite associações, tratando-se de poderoso instrumento de afeto, já que, por meio da música, somos capazes de produzir estados de alegria, euforia, tristeza, mansidão etc.

5 Relação do afeto com os métodos de solução de controvérsias

Afinal, qual a relação do afeto com os métodos de solução de controvérsias?

Se a composição pode despertar emoções específicas e comuns nos ouvintes, sendo capaz de transformar o ambiente, o ambiente também pode escalar ou diminuir um conflito.

O ambiente considerado em diversos aspectos, cinco deles abordados neste breve estudo¹⁰ pode não somente criar conflitos, como influenciar de forma positiva ou negativa na sua resolução, constituindo peça chave determinante para o sucesso de uma negociação.

¹⁰ "i" como afetamos o ambiente e os outros e como somos afetados por eles; "ii" compreensão do momento histórico/social e geográfico e consciência de que ante a constante transformação do mundo algumas proposições válidas e legítimas para uma geração pode não se sustentar ou fazer sentido para

Conforme proposto por Vladimir Safatle tomando como verdadeira a afirmação de que a psicanálise pensa os processos de constituição de laços sociais a partir de dinâmicas de identificação, não é possível o estabelecimento de laços sociais sem que haja alguma forma de identificação.¹¹

Para o autor, o exercício de poder por meio das identificações mostra como as relações sociais são, necessariamente, relações de poder e repetição, pois ao se identificar com algo ou alguém, se assume o desenvolvimento implícito próprio àquilo com o que se identifica.

Toda identificação constitui um exercício de poder. No entanto, nem todas as relações de poder constituem relações de dominação. Nas palavras do autor:

[...] Uma relação de dominação é a expressão da submissão da vontade de um à vontade do Outro, mas há aquilo que permite ao poder circular e que não é nem a vontade de um, nem a vontade do Outro. Algo que produz vínculos sem ser a expressão da vontade de um sujeito, mas expressão de uma dinâmica inconsciente de afetos. O poder circula expropriando algo que pode depô-lo.

Luiz Felipe Pondé¹² ao abordar a reverência pelos afetos ressalta a existência de diversos teóricos, dentre os quais, Safatle, que tem utilizado a linguagem de pulsão política, afetos políticos no sentido de colocar afetos a serviço de uma vida social, ou seja de que é preciso dar uma estrutura política para que os afetos sejam mais assertivos.

Nessa perspectiva, para Safatle, deve ser considerado o medo como afeto político, eis que este é capaz de gerar um comportamento social paranoico e avesso à violência e ao risco.

A consciência sobre os regimes de identificação, sua afetação, medo e possível relação de dominação constitui um diferencial importante quando se aborda o papel do afeto nos métodos de resolução de conflito, pois a identificação de tais fatores de influência no pensamento e comportamento das pessoas envolvidas em um conflito, permite que tais aspectos sejam considerados no momento em que se avalia o método de solução de controvérsias mais adequado ao respectivo caso.

a geração seguinte; “iii” a importância das crenças e imaginação (ficção) na evolução organizacional da sociedade; “iv” consciência de que a emoção se destaca como protagonista no processo de tomada de decisão, “v” conforme proposto pela Doutrina dos Afetos, é possível interferir ou criar emoções comuns à uma plateia por uma afetação programada para tanto.

¹¹ SAFATLE, Vladimir (2017) Lacan, revolução e liquidação da transferência: a destituição subjetiva como protocolo da emancipação política. Estudos Avançados, 31. p. 211-212.

¹² BARROS FILHO, Clóvis e PONDÉ, Luiz Felipe, O QUE MOVE AS PAIXÕES. Campinas: Papirus 7 mares, 2017.

Importante, ainda, considerar a evolução do conceito de jurisdição e justiça que, atualmente, não mais se limita ao monopólio do Poder Judiciário de “*dizer o Direito*”.

Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, em pronunciamento realizado durante o VIII Fórum Jurídico Internacional de São Petersburgo, na Rússia (17/05/2018), em sessão de debates sobre meios alternativos de resolução de conflitos e justiça digital: “A ideia é que o termo de todo litígio não é necessariamente uma sentença, mas sim uma solução.”

Tal pronunciamento reflete o momento atual de transformação que atravessam os sistemas judiciários de todo o mundo e que culminam na construção de um novo conceito de justiça, cada vez mais afastado da tradicional definição positivista de jurisdição. A justiça contemporânea é atrelada a ideia de solução.

Neste aspecto, não se pode olvidar da importância de se adaptar os modelos institucionais às necessidades sociais, de forma a atualizar e legitimar os mecanismos de proteção de direitos.

A evolução da Teoria Pura do Direito faz refletir acerca da mudança no papel do julgador, antes extremamente positivista e limitado a subsunção do fato à norma, sem nenhuma responsabilidade, por não ser o “criador” da norma, para o julgador contemporâneo, que se implica, interpreta, com foco na justiça e, não mais, somente, na aplicação da lei.

Paralelo a esse movimento denominado “ativismo judicial” se verifica o crescimento das demandas por métodos autocompositivos e extrajudiciais de resolução de conflitos.

Certo é que os afetos, as experiências de cada um, considerando o seu lugar no mundo (geografia), à época (tempo), as crenças e mitos, construções sociais e formas de tomadas de decisão, tudo isso será determinante para a escolha do método de solução de conflito mais adequado à sua expectativa e desejo.

6 Considerações finais: o meio adequado a resolução de determinado conflito será o mais eficiente

Neste breve estudo se conclui que o conhecimento do conflito e seu entorno – partes e ambiente social – permite o seu encaminhamento ao método mais adequado de resolução.

Nessa linha de raciocínio se percebe que há conflitos que demandam ambientes de heterocomposição (Judiciário, Arbitragem) e outros que se alinham melhor a instrumentos de autocomposição (Mediação, Práticas Colaborativas, Conciliação, Plataformas de Resolução de Conflitos Online, etc.).

Para tanto é necessário ter em mente que na escolha do método mais adequado, deve ser considerado que o conflito – por si só – afeta a tomada de decisão.

Em sendo assim, é de se observar que as partes envolvidas no conflito estarão com seus mecanismos de tomada de decisão comprometidos pelos afetos, e, por isso, já na escolha dos métodos de solução deverão ser auxiliadas por terceiro que conheça as possibilidades e possa contribuir nesse processo, esclarecendo os benefícios, malefícios e consequências de cada método.

Tal conduta se alinha ao fato da tomada de decisão se basear na antecipação das perdas pelas partes, eis que, como visto, quando a situação é nova e os caminhos e possibilidades são desconhecidos o processo decisório é árduo.

Contudo, considerando que tanto os ganhos, quanto as perdas são inerentes ao processo decisório, é possível desenvolver cenários nos quais se vislumbre possibilidades e se evitem maiores sofrimentos.

De fato, o meio adequado a resolução de determinado conflito será, sem dúvida, o mais eficiente!

São Paulo, 29 de setembro de 2020

Affection in Methods of Dispute Resolution

Abstract: The article discusses affection in its philosophical aspect, proposing a rational reflection on the individual perceptions of each party involved in a conflict, in order to analyze how this affection influences the methods of dispute resolution. It assesses the changes in world view from the perspective of Thomas S. Kuhn, in which the visions and world views change according to the society that inhabits the world at that time, with the world being understood as the material universe that has always been the same. It goes on to consider how beliefs and imaginative capacity were instrumental in the formation of human society and how emotions influence decision-making. In considering decision-making as a more emotional rather than rational process, the article goes on to address the relationship between affection and methods of dispute resolution, alluding to the identification regimes proposed by Vladimir Safatle and fear as political affection, which is capable of causing paranoid as well as violence and risk-averse social behaviors, in order to correlate this whole context with the importance of suitability of the conflict to the environment/method of dispute resolution for the efficiency of the negotiations.

Keywords: Affection. Decision-Making. Suitability. Methods of Dispute Resolution.

Referências

BARROS FILHO, Clóvis e PONDÉ, Luiz Felipe, O QUE MOVE AS PAIXÕES. Campinas: Papirus 7 mares, 2017.

CORRÊA, Camile Maria Costa, FATORES QUE PARTICIPAM DA TOMADA DE DECISÃO EM HUMANOS, Dissertação (Mestrado – programa de Pós-Graduação em Psicologia. Área de Concentração: Neorociências e Comportamento) – Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo.

Crescimento populacional mundial, Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Crescimento_populacional, Acesso em 04 de setembro de 2020

ECONOMIA dos APPs. Disponível em <https://www.ilocomotiva.com.br/single-post/2019/04/17/EXAME-A-Economia-dos-Apps> Acesso em 04 de setembro de 2020

FREUD, Sigmund, O MAL-ESTAR NA CIVILIZAÇÃO, Penguin e Companhia das Letras Editoras.

GUERRA FRIA, Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Guerra_Fria, Acesso em 04 de setembro de 2020

HARARI, Yuval Noah. SAPIENS – Uma breve história da humanidade. Porto Alegre: L&PM, 2018.

JÚNIOR, Ricardo Pereira. JUDICIÁRIO E MODERNIDADE: ORDEM JURÍDICA, TEMPO, ESPAÇO E ATUAÇÃO DA JUSTIÇA. Editora da Universidade de São Paulo, p. 37-73.

KAHNEMAN, Daniel. TOMADA DE DECISÃO EM TEMPOS DE INCERTEZA. Entrevista por Alexandre Teixeira/Revista da ESPM. Disponível em: <https://www.fronteiras.com/entrevistas/daniel-kahne-man-tomada-de-decisao-em-tempos-de-incerteza>, Acesso em 05 de setembro de 2020

KUHN, Thomas S. A ESTRUTURA DAS REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS. São Paulo: Perspectiva, 2017.

LIMA, Sonia Regina Albano de. A MÚSICA E OS SENTIMENTOS HUMANOS. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/interdisciplinaridade/article/download/24884/18048>, Acesso em 05 de setembro de 2020

PARENTE, Alessandra Affortunati Martins (2016) Bússola dos afetos e outras formas políticas. *Lacuna: uma revista de psicanálise*, São Paulo, n. -1, p. 14, 2016. Disponível em: <https://revistalacuna.com/2016/05/22/bussola-dos-afetos-e-outras-formas-politicas/>, Acesso em 08 de setembro de 2020

SAFATLE, Vladimir (2017) Lacan, revolução e liquidação da transferência: a destituição subjetiva como protocolo da emancipação política. *Estudos Avançados*, 31. p. 211-212. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v31n91/0103-4014-ea-31-91-0211.pdf>, Acesso em 08 de setembro de 2020

SAFATLE, Vladimir, O CIRCUITO DOS AFETOS– Corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

SPINOZA. *Ética*, Alianza Editora, 2003.

SÉCULO XX PELA HISTÓRIA DA MEDICINA. Disponível em <http://blog.editoracontexto.com.br/a-historia-do-seculo-xx-pelas-descobertas-da-medicina/>, Acesso em 10 de setembro de 2020

8 TTORIKACHVILI, Sílvia. A CIÊNCIA POR TRÁS DA TOMADA DE DECISÃO – Fazer escolhas é um processo cerebral complexo que, ao contrário do que se pensa, envolve mais a emoção do que a razão. Disponível em: <http://www.revistaeducacao.com.br/a-ciencia-por-tras-da-tomada-de-decisao/>, Acesso em 08 de setembro de 2020

20 GRANDES INVENÇÕES E AVANÇOS TECNOLÓGICOS DO SÉCULO 20. Super Interessante: Disponível em: <https://super.abril.com.br/galeria/veja-20-grandes-invencoes-e-avancos-tecnologicos-do-seculo-xx/>

TERCEIRA E QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL. Disponível em <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/terceira-revolucao-industrial.htm>, Acesso em 10 de setembro de 2020

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CAIUBY, Celia; MAIA, Andrea. O afeto nos métodos de solução de controvérsias. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 02, n. 04, p. 45-56, jul./dez. 2020.

Mediação de conflitos no Brasil: atividade ou profissão?

Dora Rocha Awad

Advogada pela FAAP. Bacharel em Letras pela USP. Possui extensão em psicologia e ética pela Harvard Extension School. Mediadora da CAM-CCBC, CAMITAL e CRP. Julgadora em competições nacionais e internacionais de mediação (MOOTs). Mediadora certificada pelo ICFML. Sócia na Awad Gestão de Conflitos.

Resumo: O presente trabalho trata da importância e consequências da profissionalização da mediação de conflitos. A abordagem toma como ponto de partida a profissionalização da mediação como instituto. Transita-se por alguns critérios de profissionalização da mediação, tais como a adequada formação e capacitação dos mediadores, a participação do advogado na mediação, a remuneração pelo trabalho, os requisitos de qualificação do mediador privado e o reconhecimento legal da mediação como profissão. Tal rol de critérios não é exaustivo, mas exemplificativo considerando o escopo deste trabalho. Por fim, abordam-se algumas consequências da profissionalização da mediação, concluindo com a opinião pessoal da autora acerca do tema.

Palavras-chave: Mediação. Meios adequados de resolução de conflitos. Capacitação de mediadores. Honorários.

Sumário: **1** Introdução – **2** Formação e capacitação dos mediadores – **3** Participação dos advogados – **4** Remuneração do mediador – **5** O mediador privado – **6** Reconhecimento legal da mediação como profissão – **7** Consequências da profissionalização da mediação – **8** Considerações finais – Referências

1 Introdução

A profissionalização da mediação é um tema de fundamental importância no contexto atual dos meios adequados de resolução de conflitos no Brasil e no mundo.

Com a entrada em vigência da Resolução 125/2010 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), a mediação foi inserida, definitivamente, no sistema dos meios adequados de resolução de conflitos. Isso ocorreu em função das políticas públicas instituídas, principalmente, pelo CNJ, especialmente no âmbito judicial, mas também no privado.

Contudo, como toda atividade “nova”, no Brasil, a mediação ainda não é reconhecida e regulamentada como uma profissão, ou seja, não há uma lei que estabeleça e regule a profissão de mediador. Ao mesmo tempo em que tal reconhecimento é buscado, existe uma discussão sobre a profissionalização da mediação, isto é, o que é preciso para que tal profissionalização ocorra?

Assim, a profissionalização pode ser considerada a “pauta do dia”, tendo em vista que o uso da mediação cresce de maneira exponencial em diversas áreas, principalmente após as inovações legislativas ocorridas em 2015. Também é fundamental diferenciar a mediação profissional daquelas feitas por pessoas leigas na área, como por exemplo amigos e parentes das pessoas em conflito. A profissionalização da atividade é que permite tal diferenciação e o contínuo crescimento e melhoria desse instituto.

Alguns critérios de análise do instituto da mediação diretamente relacionados com a profissionalização podem ser citados. O primeiro deles diz respeito à formação e capacitação do mediador - quais são as exigências para que o profissional exerça tal atividade? Imprescindível também abordar a participação do advogado, pois o mediador não deve dar orientação jurídica, o que torna essencial a inclusão de assessoria jurídica. O terceiro critério é a remuneração do mediador que deve ser compatível com o trabalho realizado. Outro aspecto fundamental são as exigências para o mediador privado, que no Brasil, são diferentes dos mediadores judiciais. O quinto é o reconhecimento “oficial” da profissão de mediador para que haja segurança e garantias no desenvolvimento do seu trabalho.

Os critérios supramencionados não esgotam a questão, assim, há outros aspectos da profissionalização da mediação que não podem ser desconsiderados, mas que não serão objeto de análise neste artigo.

Nesse contexto de transformação da mediação de uma atividade para uma profissão haverá uma série de consequências para o mercado de trabalho.

2 Formação e capacitação dos mediadores

A profissionalização da mediação está diretamente relacionada com a formação e capacitação de quem atua. A área de formação do mediador pode ser qualquer uma, porém a Lei de Mediação exige que o mediador judicial tenha sido graduado há pelo menos dois anos. Trata-se de um critério da lei que não exige formação em nenhuma área específica, mas requer esse tempo mínimo de graduação.

Assim como acontece com outras profissões, o mediador precisa ter sólida e ampla formação (teórica e prática) para atuar. Nesta seara a capacitação dos mediadores é regulada pela legislação (CPC e Lei de Mediação) e por resoluções do CNJ.

Segundo o Código de Processo Civil a capacitação mínima exigida para os mediadores atuarem no âmbito judicial é por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetros curriculares do CNJ (Conselho Nacional de Justiça).

Igualmente digna de aplausos foi a centralização dos parâmetros curriculares pelo E. CNJ, de modo a nivelar nacionalmente o conteúdo mínimo a ser ministrado. Essa solução garante que os profissionais atuantes em todo país ofereçam aos cidadãos serviços de comprovada qualidade.¹

Os parâmetros curriculares estabelecidos pelo CNJ têm objetivo de garantir que todo curso ministrado no Brasil tenha o conteúdo mínimo fundamental. Por outro lado, é importante saber e reconhecer que a mediação também tem aspectos culturais. Os costumes, a educação, a cultura e os valores das pessoas envolvidas devem ser considerados no atendimento do caso concreto. No Brasil, com a enorme diversidade geográfica, não se pode desconsiderar esses fatores na docência.

O CNJ estabelece o mínimo de horas para a capacitação dos mediadores. Tanto as horas teóricas (40) quanto horas práticas (60) que são cumpridas via estágio supervisionado. Porém, a capacitação, mesmo cumprindo a carga horária e os parâmetros curriculares pré-estabelecidos, não garante que o mediador estará apto, ao final, a conduzir uma mediação. A supervisão do estágio nem sempre é feita de maneira adequada e, não há acompanhamento sobre os procedimentos realizados nesta etapa tão importante da formação do mediador.

Como já mencionado, o CNJ traz um determinado número de horas mínimas de capacitação e isso não é suficiente ao se falar em profissionalização da mediação. Além de ser necessário um número maior de estudo teórico e experiência prática, a formação do profissional exige aprimoramento e estudo constantes. Qualquer atividade que atende pessoas, que tenha como objeto de estudo o comportamento e as relações do ser humano obriga o profissional a estudar e se aprimorar durante todo o tempo que exercer tal atividade e/ou profissão.

Uma formação sólida é que permite não só que o mercado tenha bons mediadores, ou seja, a efetiva profissionalização da mediação, como também faz com que as boas experiências (do ponto de vista das partes em conflito) em mediação ampliem a procura por esse atendimento. Isso gera um efeito positivo que é a prática de mediadores experientes, com muitos casos mediados de maneira profissional. Uma vasta experiência do mediador tem um impacto grande, especialmente, nas mediações de casos complexos e/ou multipartes. Segundo Lisa Parkinson “mediadores experientes são mais capazes de gerir casos que envolvem conflitos de alta tensão”.² A possibilidade de se mediar com sucesso

¹ MAIA; Flávia HILL, *A mediação no Novo Código de Processo Civil*, p. 163.

² PARKINSON, *Mediação Familiar*, p. 370.

casos complexos e/ou multipartes é parte do amadurecimento do instituto, dos mediadores e da profissionalização da atividade.

3 Participação dos advogados

A participação dos advogados na mediação é muito importante. O mediador profissional não está apto, nem tampouco habilitado ou autorizado a dar orientação jurídica para as partes. Tal função é exclusiva dos advogados.

A mediação, na maioria dos casos, envolve questões jurídicas. Mesmo que não se tenha como objetivo principal chegar a um acordo escrito e homologado, há sempre decisões a serem tomadas ao longo do procedimento. Ou mesmo acordos verbais, parciais e/ou temporários. Para que cada participante da mediação tenha clareza sobre os riscos e consequências das decisões que envolvem aspectos jurídicos, é fundamental que esteja acompanhada de um advogado. É o princípio da decisão informada.

Importante esclarecer que “estar acompanhada de advogado” não significa que este profissional precisa estar fisicamente presente a todas as sessões de mediação. As partes envolvidas precisam ter um advogado disponível para consulta a qualquer momento, antes – durante ou após cada sessão de mediação.

No caso de mediações que são finalizadas com a redação de acordos, a presença dos advogados é importantíssima, pois eles que redigem o acordo conforme as decisões tomadas pelos envolvidos.

Segundo Lisa Parkinson

Cabe salientar que mediadores, geralmente, incentivam seus clientes a buscarem aconselhamento jurídico durante o processo de mediação. Os papéis de advogados e mediadores são diferentes e complementares. Embora a mediação reduza litígios, ela não exclui o aconselhamento jurídico e financeiro às partes, que podem ser fundamentais para a elaboração de propostas visando o acordo.³

Porém, o maior desafio para que o advogado seja um efetivo colaborador na mediação é o preparo e consciência de seu papel nesse meio de resolução de conflitos. Advogados que ainda trabalham na lógica adversarial – ganha/perde – podem apresentar dificuldade para efetivamente auxiliar seus clientes nesse “novo” contexto. A profissionalização da mediação também exige que o advogado tenha formação para atuar na mediação, visto que seu papel e função

³ PARKINSON, *Mediação Familiar*, p. 156.

são diferentes daqueles exercidos em procedimentos contenciosos e julgamentos. Nas palavras de Juan Carlos Vezzulla

E o advogado terá a mesma função? Claro que não. Tem em comum que os advogados estão para contribuir com o seu saber legal. O que muda é que já não será decisório senão que esse saber estará orientado a compreender a consciência de seu cliente na inter-relação de incorporar e assim mesmo entender a consciência do outro participante.⁴

4 Remuneração do mediador

A profissionalização da mediação depende, em grande medida, da remuneração dos mediadores. Não há que se falar em “mediação profissional” sem a devida remuneração dos profissionais.

O artigo 169 do Código de Processo Civil afirma que cada Tribunal deve prever a remuneração dos mediadores, conforme parâmetros estabelecidos pelo CNJ. Ocorre que em muitos Estados ainda não há tal previsão, isto é, não há valores determinados pelo Tribunal de Justiça para remuneração dos mediadores.

Assim, atualmente, temos dois diferentes cenários no âmbito da remuneração dos mediadores. Aqueles que atuam na esfera judicial, ou seja, fazem mediação nos CEJUSCs (Centro Judiciário de Solução de Conflito e Cidadania) ou nas Varas Judiciais, atuam sem remuneração (salvo algumas exceções), isto é, fazem um trabalho gratuito e voluntário – o que caracteriza uma atividade e não profissão. Já aqueles mediadores que atuam na esfera privada, ou seja, fazem mediação privada em escritórios, câmaras de mediação ou em empresas e recebem a remuneração estabelecida contratualmente com as partes.

O trabalho voluntário e gratuito deve ter seu espaço, principalmente num país como o Brasil, e está previsto no Código de Processo Civil. Mas não pode ser a regra de exercício de uma atividade que almeja “se profissionalizar”. Como exercer uma profissão sem receber remuneração?

A profissionalização requer pagamento de honorários, não só porque é o exercício de uma profissão como qualquer outra, mas também porque a formação do mediador é contínua e, para isso, é preciso recursos econômicos. O mediador que trabalha gratuitamente não se profissionaliza adequadamente e não contribui para o desenvolvimento do instituto da mediação.

⁴ VEZZULLA, *Revista do advogado*, p. 60.

Asdrubal Nascimbeni muito bem coloca:

A ausência dessa definição inquieta ou mediadores e conciliadores, que estão trabalhando voluntariamente, mas ávidos por essa definição, pois gostariam de dedicar-se em caráter profissional a essa missão. E por outro lado, a falta de clareza não atrai muitos novos potenciais interessados.⁵

Assim, cria-se uma expectativa de profissionalização da mediação judicial, mas afasta-se os “novos potenciais” pela falta de remuneração.

5 O mediador privado

O mediador privado, no Brasil, tem algumas diferenças em relação ao mediador judicial que estão diretamente relacionadas à questão da profissionalização da mediação.

Dentre os critérios tratados neste trabalho, o que mais chama a atenção é o estabelecido pelo artigo 9º da Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação) “poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se”. Assim, não há padrão de formação para o mediador extrajudicial, pois a lei exige apenas capacitação – termo genérico e que nada define. A confiança das partes é um requisito importante, mas não suficiente. Como as partes podem escolher um mediador sem referência do que é preciso/exigido neste “limbo de regulamentação”? O mediador judicial, ao menos, precisa ter a capacitação conforme já foi mencionado.

Há também pessoas que se autointitulam mediadoras, em geral amigos e parentes de pessoas que estão envolvidas em situações conflituosas, que, por ter a confiança das partes fazem mediação como uma facilitação de conversa apenas, mas sem preparo e técnica. Isso precisa ser contextualizado, para não se confundir com a mediação profissional. Assim, com a mesma denominação “mediação” tem-se práticas e resultados bem diversos.

A participação do advogado é outro ponto delicado na atuação do mediador extrajudicial, uma vez que a Lei de Mediação afirma que “as partes podem (grifo meu) ser assistidas por advogados ou defensores públicos”. Numa atuação profissional do mediador, a assistência pelo advogado deve ocorrer, como já mencionado anteriormente. Assim, na mediação extrajudicial há um risco de o mediador

⁵ LIMA JUNIOR, *Os desafios da mediação no Brasil*, p. 64.

atuar com as partes sem assistência jurídica, e pior, com orientação jurídica do próprio mediador – o que é inapropriado. Se na esfera privada não há obrigatoriedade da participação do advogado, e na esfera judicial há, não há padrões que ajudem na profissionalização.

A remuneração é outro aspecto que difere a mediação privada. Os mediadores extrajudiciais recebem honorários pelo trabalho. Cobrando por hora ou por todo procedimento de mediação, o que importa é haver pagamento pelo trabalho. Isso permite que a mediação seja exercida como uma profissão, e não mera atividade. Além da sobrevivência do mediador, outro ponto fundamental da remuneração é permitir que o mediador faça cursos de atualização, adquira bibliografia adequada, frequente congressos e passe por processos de certificação.

6 Reconhecimento legal da mediação como profissão

O reconhecimento da mediação como profissão é um processo que requer algumas etapas para se concretizar. Do ponto de vista jurídico, o essencial é a elaboração de uma lei federal que não só reconheça a profissão como a regulamente. A partir disso, é possível haver um corpo profissional para gerir o exercício da profissão. Isso pode ocorrer via conselhos (como Conselho de Psicologia, por exemplo), associações, etc. O importante é que haja transparência e padrões tanto para quem exerce a mediação quanto para as pessoas que utilizam o serviço como meio de solução de disputas.

A atividade da mediação, no Brasil, já está regulamentada pela Lei de Mediação e pelo Código de Processo Civil. Inserida no título “Do juiz e dos auxiliares da justiça” os mediadores judiciais têm sua atividade regulamentada de modo não exaustivo no CPC/2015. Tratada na Lei 13.140/2015, a mediação privada (e mediação no âmbito da administração pública) é regulamentada, também não de modo exaustivo.

Tais previsões legais trazem transparência ao sistema, o que é parte da busca pela profissionalização. Porém, importante ressaltar que o reconhecimento da mediação como profissão parte do marco legal, mas não se esgota nele como é possível concluir a partir da análise dos critérios antes mencionados.

7 Consequências da profissionalização da mediação

A primeira consequência é que a mediação de conflitos deixe de ser apenas uma atividade e passe a ser uma profissão. Isso gera reconhecimento e respeito por parte dos usuários/clientes. Consequentemente ocorrerá divulgação

e aumento da demanda por (bons) mediadores, assim, a mediação estará entre as primeiras opções de resolução de disputas. Como meio que não só encerra o problema e/ou processo, mas também o conflito entre as pessoas. A maior e melhor justificativa para a profissionalização da mediação é que ela promove a paz. Pacificação nas relações interpessoais é o grande mérito.

A mediação, no Brasil, é uma espécie de “produto subaproveitado”. Não é usada em larga escala, não é remunerada para todos os mediadores, não é reconhecida como profissão, não é exercida com dedicação integral por muitos mediadores e, muitas vezes é realizada sem a presença ou assistência de advogados.

O objetivo é que a profissionalização transforme esse cenário. Mais do que um objetivo, será uma consequência inevitável.

Outra consequência da profissionalização é a implementação de órgãos que assumam a fiscalização do exercício da profissão. Como em toda classe há necessidade de se fiscalizar e cuidar das boas práticas. Atualmente, no Brasil, o CONIMA (Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem) desempenha essa função para seus associados.

8 Considerações finais

Concluindo, a profissionalização da mediação de conflitos é um tema tão instigante quanto essencial no âmbito dos meios adequados de resolução de conflitos. Nas palavras de Lord Woolf of Barnes “mediation has come a long way but still has much further to go. The field now needs to evolve quickly into a true profession” (a mediação percorreu um longo caminho, mas ainda tem muito mais a avançar. O campo agora precisa evoluir rapidamente para uma verdadeira profissão).⁶

A profissionalização da mediação é urgente no Brasil. Exercê-la como simples atividade é incompatível com a demanda atual para os meios adequados de resolução de conflitos.

Para isso, é fundamental que os mediadores judiciais não trabalhem gratuitamente, pelo menos não na totalidade das mediações realizadas. Também que haja padrões definidos para escolha do mediador. As perguntas que sempre são feitas “como achar um mediador de qualidade?” “como saber mais sobre o procedimento da mediação?” serão respondidas na medida em que os mediadores formarem um corpo profissional para organizar os padrões e referências que podem ser adotados.

⁶ Lord Woolf of Barnes, 2009.

Desse modo, quando a mediação deixar de ser atividade para se tornar uma profissão, haverá reconhecimento normativo, remuneração adequada para mediadores judiciais e extrajudiciais, formação e capacitação dos profissionais com padrões estabelecidos de qualidade, obrigatoriedade da participação do advogado e, o mais importante – pacificação social em larga escala.

Trata-se de um longo caminho a ser percorrido, por todos os mediadores e pessoas que direta ou indiretamente estão envolvidas com práticas de resolução de conflitos.

O Brasil tem ótimos mediadores, mas precisa melhorar a qualidade de tudo que diz respeito à mediação. A profissionalização é o caminho. Único caminho para quem busca a excelência naquilo que faz.

Os dogmas do calmo passado são inadequados ao tempestuoso presente. A ocasião está repleta de dificuldades e nós devemos crescer com ela. Como a situação é nova, devemos pensar e agir de modo novo (Abraham Lincoln)

Mediation in Brazil: Activity or Profession?

Abstract: The present work deals with the importance and consequences of the professionalization of mediation. The approach takes as a starting point the professionalization of mediation as an institute. There are some criteria for the professionalization of mediation, such as the appropriate training and qualification of mediators, the lawyer's participation in mediation, remuneration for work, the private mediator's qualification requirements, and the legal recognition of mediation as a profession. Such a list of criteria is not exhaustive but exemplary considering the scope of this work. Finally, some consequences of mediation's professionalization are addressed, concluding with the author's opinion on the topic.

Keywords: Mediation alternative dispute resolution. Training of mediators. Mediators' fees.

Referências

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coordenadores). A mediação no Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coordenadoras). Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivm, 2016.

NASCIMBENI, Asdrúbal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLINI, Ricardo Borges (coordenadores). Temas de Mediação e Arbitragem. São Paulo: Lex Editora, 2017.

PARKINSON, Lisa. Mediação Familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VEZZULLA, Juan Carlos. Mediação responsável e emancipadora. *Revista do Advogado*, São Paulo, n.123, p.56-61, agosto 2014.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

AWAD, Dora Rocha. Mediação de conflitos no Brasil: atividade ou profissão? *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 02, n. 04, p. 57-66, jul./dez. 2020.

Importância, funcionalidades e relação das cláusulas escalonadas na mediação e arbitragem

Luciana Severo

Sócia proprietária da Acrópole Câmara Privada de Mediação e Conciliação (primeira câmara credenciada junto ao TJ do Rio Grande do Sul), Mediadora Judicial e privada, Especialista em Comunicação com o Mercado, Designer em Mediação Escolar, Pós Graduada em Técnicas de Negociação da Conciliação, Mediação e Arbitragem/UNIVALI/SC, mestranda em Solução de Conflitos/Ambra University.

Resumo: Trata-se de artigo científico, cujo objetivo é ressaltar a relevância e a funcionalidade das cláusulas escalonadas no ambiente da mediação e da arbitragem, onde o mediador, munido de técnicas e experiência, possibilita desonerar o trabalho do árbitro para que este trate somente das questões insolúveis do conflito. A mediação antecedente ao processo arbitral, oferece as partes o restabelecimento da comunicação, o protagonismo e a transformação do litígio. Nesse viés, o Tribunal Multiportas e as ADRs disponibilizam a prospectiva realidade que viabiliza acesso a população como direito fundamental para solução de controvérsias judiciais ou extrajudiciais. O artigo foi desenvolvido através de abordagem teórico-prática.

Palavras-chave: Cláusula escalonada. Mediação. Arbitragem. Transformação. Conflito.

Sumário: 1 Introdução – 2 O tribunal multiportas e suas estruturas – 3 Importância das ADRs (Alternative Dispute Resolution) – 4 Funcionalidade das cláusulas escalonadas – 5 Habilidades do mediador e sua importância para o árbitro como “peacemaker” – 6 Conclusão – Referências

1 Introdução

O Tribunal Multiportas oportuniza, à população em geral, a utilização dos meios adequados para a solução de conflitos extrajudiciais que disseminam a pacificação social e a cultura da paz. Negociações podem ser realizadas através de Conciliação, Mediação e Arbitragem, partindo da autonomia da vontade das partes. Esses métodos de resolução de controvérsias diferem principalmente pela atuação do mediador, como facilitador do diálogo em negociação autocompositiva, e do árbitro, pelo modelo heterocompositivo que julga a procedência do feito.

Nesse cenário, as ADRs (*Alternative Dispute Resolution*) distintas por técnicas próprias, tornaram-se atrativas devido ao baixo custo, reduzido tempo, e a confidencialidade, que protegem os interesses individuais das partes. Com postura prospectiva, oferecem ao cidadão o protagonismo, a transparência e a

responsabilização pela solução do seu problema. Ainda que as facilidades do acesso à justiça não sejam do conhecimento de grande parte população, as alternativas de resolução de disputas evoluem gradualmente pelos meios ODRs (*Online Dispute Resolution*), facilitando a desburocratização com a mesma celeridade dos métodos presenciais. As alternativas de solução de conflitos são indispensáveis para a pacificação social e robustecem a efetivação dos direitos individuais.

Precedente à arbitragem, a cláusula escalonada evidencia a negociação, conciliação e a mediação como mecanismos multietapas para a adequação da solução do conflito. A opção por uma cláusula escalonada converge ao propósito de solucionar desavenças através do diálogo, e sua utilização no processo arbitral envolve arranjos entre mecanismos consensuais e adjudicatórios.

Nesse contexto, a mediação contribui no processo arbitral, estreitando as relações facilitadas pelo mediador e atenuando as atribuições do árbitro. As combinações entre esses meios de resolução de conflitos, permitem extrapolar as técnicas do mediador e do árbitro e consolidar suas habilidades pacificadoras.

O objetivo geral do presente artigo consiste em abordar a importância e a funcionalidade das cláusulas escalonadas no ambiente da mediação e da arbitragem. Como relevante contribuição, os seguintes objetivos específicos: 1. Apresentar um breve panorama sobre o Tribunal Multiportas cotejando a mediação e arbitragem; 2. Examinar a importância das ADRs como postura prospectiva da realidade e a viabilidade de acesso como direito fundamental; 3. Discorrer sobre a funcionalidade das cláusulas escalonadas e sua efetivação; e 4. Associar a mediação e as habilidades do mediador na atuação do árbitro como *peacemaker*.

As fontes bibliográficas consultadas na produção do artigo foram literaturas técnicas específicas, artigos científicos, relatórios anuais, manuais sobre o tema, e legislação oficial de mediação e arbitragem. Com essa visão de natureza teórico-prática foi desenvolvida a abordagem sintética para melhor entendimento da presente temática.

Como desfecho, foram delineadas as cláusulas escalonadas como importante alternativa de solução de controvérsia que antecede a arbitragem, com empoderamento das partes como protagonistas do próprio conflito, considerando que as habilidades do mediador podem influenciar no sucesso do diálogo estabelecido no processo arbitral, no eventual acontecimento do mesmo.

2 O tribunal multiportas e suas estruturas

O Tribunal Multiportas¹ introduziu no Brasil uma forma inovadora de tornar a justiça mais abrangente, rápida e econômica, direcionando os processos para os métodos adequados de resolução de conflitos. O Código de Processo Civil propõe com isso, a judicialização do conflito como última opção, sugerindo aos profissionais de direito e a população em geral a busca de meios pacificadores na solução de divergências sem debruçarem-se no litígio. Mesmo antes da judicialização de uma causa é possível optar pelos métodos consensuais de resolução de controvérsias. Essa via de posicionamento é referendada pela política nacional de tratamento de conflitos articulada na disseminação da cultura de pacificação social e na forte conexão entre o Conselho Nacional de Justiça - CNJ e os tribunais.²

A escolha da melhor ferramenta, é então, fundamento do princípio da adequação, onde as partes elegem o melhor mecanismo que possa dar a resposta mais adequada para o conflito despontado entre eles (OLIVEIRA, 2003).

O sistema multiportas dispõe de efetivos mecanismos extrajudiciais de soluções de conflitos que já são praticados por empresas e pessoas físicas. Entre eles, a Mediação, a Conciliação e a Arbitragem destacam-se como modalidades autônomas e distintas que resultam em negociações a partir da autonomia da vontade das partes. A arbitragem diferencia-se da justiça comum por ser um processo privado, onde existe a presença de um árbitro que poderá emitir uma sentença, tornando o processo arbitral muito semelhante ao processo judicial. Os métodos sobreditos, são rápidos, confiáveis, legalizados,³ e contam com a imparcialidade do mediador, do conciliador e do árbitro.

No Brasil a utilização da mediação, conciliação e arbitragem aumenta consideravelmente desde a última década. Segundo o Relatório 2020 do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2019, 12,5% dos processos foram solucionados via conciliação e mediação. Desde que entrou em vigor em 2016 o novo Código de Processo Civil (CPC) tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, e em somente quatro anos o número de sentenças homologadas de acordo cresceu em 30,1%. No período de 2015 a 2019, as sentenças homologatórias de acordos firmados passaram de 2.987.623 para 3.887.226 casos.

Diante do cenário de crescimento e investimentos em diversos setores da economia nacional a arbitragem também tende a crescer. Setores como infraestrutura, construção, energia, e as relações societárias afetadas consequentemente

¹ O Tribunal Multiportas teve origem em 1976, na Paud Conferência, em St. Paul, Minnessota, pelo professor emérito da faculdade de Havard, Frank Sander.

² Artigos 2º e 3º da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça.

³ Lei da Mediação 13.140/2015 - Lei da Arbitragem 9.307/1996, atualizada pela Lei nº 13.129/15

pela COVID-19, seguramente prosseguirão utilizando a arbitragem como melhor método para a resolução de seus conflitos.

2.1 Mediação x conciliação

A mediação na resolução de conflitos proporciona às pessoas, que estão em situação de litígio, a oportunidade e o ambiente propícios para buscarem, com a ajuda de um terceiro imparcial o “mediador”, a uma solução que atenda de forma equilibrada aos envolvidos, sem a imprevisibilidade do andamento do processo, por vezes moroso, permitindo às partes o tempo mínimo necessário para a solução do problema. O objetivo é garantir, por meio do diálogo, a isonomia e a autonomia da vontade das partes e, através de uma visão prospectiva do conflito alcançar o êxito de uma negociação autocompositiva.

Por outra via, a conciliação apesar da similar imparcialidade, confidencialidade e intenção de auxiliar na composição da negociação no âmbito “ganha-ganha”, possibilita que uma terceira pessoa apresente ideias para a solução do conflito, ou seja, formula alternativas que possam servir de auxílio às partes, competência essa, que integra a atuação do conciliador. A conciliação por sua vez, é um método mais rápido, com interesse exclusivo no acordo.

A mediação e a conciliação facilmente se confundem, sendo consideradas como sinônimos, porém, existem limitações específicas na atuação de cada uma, como o relacionamento existente entre as partes. A importância em manter uma relação continuada é uma característica intrínseca da mediação. Fortalecer os vínculos relacionais em casos estremecidos pelo conflito é necessário para que haja o entendimento, o estímulo, e o cumprimento das combinações estabelecidas. O profissional mediador⁴ deverá ter formação específica e aprofundada para conduzir casos que ultrapassem as barreiras da simples negociação. A mediação familiar, por exemplo, exige do mediador peculiar estabilidade emocional, prerrogativa que pode ser perfeitamente dispensada na sessão de conciliação.

Como métodos alternativos de resolução de conflitos, a mediação e a conciliação expandem seus espaços junto aos tribunais, podendo serem solicitados por qualquer indivíduo, a qualquer momento, via judicial ou extrajudicialmente por meio dos CEJUSCs locais ou câmaras privadas. O acordo selado será homologado pelo magistrado da Vara competente ou do CEJUSC, oficializando uma sentença judicial.

⁴ O Mediador Judicial precisa ser capacitado e credenciado junto ao NUPMEC, CEJUSC (TJ) e CNJ.

2.2 Arbitragem

A arbitragem é muito acolhida no meio empresarial, sendo a preferida no mundo dos grandes negócios. Normalmente as causas levadas a arbitragem são milionárias e correm fora do âmbito jurídico. Essa preferência decorre pela premissa da confidencialidade, da flexibilidade das regras na estrutura do procedimento, e da liberdade das partes na escolha do árbitro, que deverá ser profissional qualificado no assunto específico. Por imposição da lei⁵, são requisitos para instauração da arbitragem que as partes sejam capazes civilmente e que o objeto da controvérsia esteja vinculado ao direito patrimonial disponível.

Como método heterocompositivo de solução de conflitos, e de natureza jurisdicional, a arbitragem possui um ou mais árbitros, eleitos pelas partes por convenção de arbitragem, que julgam o conflito atribuindo uma sentença reconhecida como título executivo judicial amparado por lei. O árbitro, embora não sendo reconhecido como magistrado, atua como tal no autêntico exercício da jurisdição privada.

Segundo Pachikoski *et al.* (2015), a arbitragem quer pela celeridade, pela especialidade dos árbitros, pela confidencialidade, pela segurança ou ainda pela flexibilidade das provas encontrou respaldo e terreno fértil no ambiente de negócios do Brasil, com amplo apoio do Poder Judiciário, em especial do Superior Tribunal de Justiça, que solidificou esse instituto e deu segurança jurídica às partes que elegiam e elegem esse método de discussão de controvérsias.

3 Importância das ADRs (*Alternative Dispute Resolution*)

O ser humano, conflituoso em sua natureza, ao impulsionar a necessidade da criação de mecanismos de resolução de conflitos, diminui os índices mundiais de autodestruição social, e o Brasil, ainda que em passos lentos, se enquadra nesse *rol*.

Alternative Dispute Resolution (ADR) é uma expressão do sistema norte-americano, de onde provém as frequentes movimentações nas cortes dos Estados Unidos envolvendo resoluções de conflitos. Nos países latinos, emprega-se Resolução Alternativa de Disputas (RAD), embora que no Brasil, as expressões Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs) e Métodos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos ou Controvérsias (MESCAs) sejam muito utilizadas.

Resumidamente, os métodos de resolução de conflitos são embasados em técnicas próprias que solucionam os variados tipos de demanda controversa. O restabelecimento da comunicação, por exemplo, é fundamental na construção de

⁵ Artigo 1º da Lei de Arbitragem.

relacionamentos interpessoais autênticos e de qualidade, por isso a condução de diálogos positivos e transformadores. Como já descrito, o conflito faz parte da natureza humana, o ser é sociável e precisa conviver com o outro para sua realização. Sendo o conflito privado ou coletivo, são protetivos e sempre serão presentes na vida em sociedade.

Com a finalidade de superar essas controvérsias, as ADRs se tornam atrativas por vários aspectos: a promessa de uma solução rápida e barata, o sigilo do problema exposto ou mesmo a preservação de uma marca de excelência, o equilíbrio, a segurança, a decisão tomada pelas partes, a homologação e o cumprimento do acordo como sentença, entre outros, como o próprio desafogamento⁶ do judiciário e a expansão do acesso à justiça.

Nesse aspecto, é importante considerar a aplicação das ADRs como postura prospectiva da realidade, oferecendo a sociedade o conhecimento dos seus direitos e desmistificando a justiça dos tribunais. Deve-se apontar os meios de solução de conflitos como alternativas extrajudiciais, mesmo que possam ocorrer também no poder judiciário.

Para melhor compreensão, os meios alternativos de solução de conflitos podem ser classificados em autocompositivos e heterocompositivos. Segundo Cahali (2014, p. 41):

Além da autotutela, existem meios heterocompositivos e autocompositivos de resolução de litígios. As principais formas heterocompositivas de solução de conflito são promovidas através do processo judicial, desenvolvido perante o Poder Judiciário, e pelos procedimentos de arbitragem. As principais formas autocompositivas de solução de conflito são a negociação, a conciliação e a mediação. Esse tema dos métodos alternativos integra aquilo que se designou de terceira onda renovatória do direito processo civil [...].

Desta forma, nas opções de soluções de controvérsias autocompositivas, mesmo com a participação de um terceiro imparcial, permite-se que o entendimento entre os envolvidos, sejam construídos por eles próprios. A vontade das partes é condição *sine que non* nos métodos autocompositivos como a negociação, a conciliação e a mediação. Em contraparte, a arbitragem é caracterizada pela heterocomposição da solução do conflito, onde a terceira pessoa, munida de poderes para tal, estabelece uma sentença que pode não ser plenamente satisfatória ao objetivo das partes.

⁶ Ocorre que com a crescente exasperação do número de lides, tornou-se impossível que o Estado apreciasse todos os conflitos de forma satisfatória. Diante desse imbróglio, surgiu a necessidade de adotar-se meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação, arbitragem e mediação, instrumentos comprovadamente eficazes na pacificação social. (Jus Brasil, 02/2018)

O acesso à justiça parece estar atrelado aos atributos indispensáveis ao ser humano: liberdade e dignidade. Os direitos fundamentais garantem a existência e a importância da dignidade humana, sendo o poder judiciário responsável pela efetivação da carta magna⁷ referente a tais direitos. Ainda que o Decreto 678/1992 discorra sobre a plena efetivação ao acesso à justiça a todos os cidadãos brasileiros, muitos a temem ou não conhecem os mecanismos jurisdicionais e extrajudiciais disponíveis que ela oferece.

A tradicional via judicial adotada massivamente pela sociedade em nosso país se revela dispendiosa, tanto para o Estado quanto para as partes, sendo o recurso econômico um dos entraves para grande parte da população em utilizar-se dos meios judiciais para a solução de seus problemas. Mauro Cappelletti reafirma o alto custo jurisdicional como grave dificuldade: “A resolução formal dos litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas.” Apesar da Lei 1.060/1950 de Assistência Jurídica aos necessitados, é difícil exercitar os devidos direitos por conta dos custos elevados de uma demanda judicial (recolhimento de verbas para ingresso da demanda, para interposição de recurso, honorários advocatícios, periciais, verbas decorrentes de sucumbência, despesas com publicação de edital, entre outros). Com isso, a função de realizar justiça para os cidadãos fica conseqüentemente prejudicada.

Se tratando das ADRs, existem distinções quanto aos entraves de acessibilidade. Os Tribunais de Justiça, com a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSCs, vêm abrindo portas para a resolução de conflitos visando minimizar os problemas sobreditos. Nas últimas décadas inúmeras câmaras de conciliação e mediação têm sido credenciadas, formalizadas como um braço do judiciário. Os custos são baixos e os métodos são eficazes, o impasse está na desinformação frente ao público. Isso significa, mais especificamente, que a população desconhece a viabilidade, a confiabilidade e facilidade do acesso aos meios de resolução de disputas.

O cenário atual e o desdobramento da pandemia, trouxeram em contrapartida, o contexto tecnológico. Os instrumentos das ADRs estão sob novas modalidades de operacionalização, as ODRs⁸ - *Online Dispute Resolution*, comportam técnicas variadas de solução de conflitos, facilitando a desburocratização, minimizando ainda mais os custos, mantendo a celeridade e a eficiência dos métodos tradicionais. Percebe-se que as plataformas eletrônicas, através das redes sociais, alavancaram consideravelmente o acesso ao judiciário pelo sistema *online*. O sintoma de mercado demonstra que o novo formato de atuação imposto pela

⁷ Art. 5º da Constituição Federal

⁸ ODR (*Online Dispute Resolution*) são os meios alternativos de resolução de conflitos, mas realizados em um ambiente totalmente digital. Tudo acontece sem a interferência da Justiça, mas o resultado, que se

COVID-19, movimentará positivamente os índices quantitativos para a efetividade das soluções de conflitos.

4 Funcionalidade das cláusulas escalonadas

As cláusulas escalonadas são referidas nos instrumentos contratuais, como meio de prever a conciliação ou a mediação antes da instauração do processo de arbitragem ou judicialização. Trata-se de uma modalidade da cláusula compromissória,⁹ um procedimento em etapas que harmoniza as ADRs com o objetivo de construir-se mecanismo adequado para a solução dos conflitos, respeitando as peculiaridades de cada um. Jolles (2006)¹⁰ expõe da seguinte forma:

Essas cláusulas normalmente fornecem certas etapas e esforços a serem tomados pelas partes antes do início da arbitragem. Essas etapas iniciais visam encontrar uma solução amistosa de disputas para evitar arbitragem ou litígio. Normalmente, os níveis iniciais de tais cláusulas preveem o dever de iniciar negociações, às vezes exigindo o atendimento da alta administração representante e/ou dever de participar de processos de conciliação ou mediação. O último nível de tais cláusulas prevê o processo adjudicatório (arbitragem), que ocorrerá apenas se os esforços realizados nas camadas iniciais falharem.¹¹ (JOLLES, 2006, p. 329)

A exemplo dos Estados Unidos da América, onde há uma forte cultura da utilização dos meios extrajudiciais antecedentes ao processo arbitral, as cláusulas escalonadas viabilizam soluções rápidas e amistosas sem o desgaste da relação existente. O propósito das cláusulas é fazer com que as partes solucionem o problema através do diálogo, evitando a espiral do conflito e quiçá evitar o processo de arbitragem.

dá na forma de um acordo, tem toda a segurança jurídica necessária. Ao invés das partes se encontrarem em um lugar físico para dirimir um conflito, elas podem se utilizar de tecnologia, que pode até mesmo ser um simples celular, para se reunirem em salas virtuais e resolverem um conflito de forma mais simples, rápida eficiente e econômica. Basta uma conexão de internet.

⁹ A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

¹⁰ "Such clauses typically provide for certain steps and efforts to be taken by the parties prior to commencing arbitration. These initial steps are aimed at finding an amicable settlement of disputes in order to avoid arbitration or litigation. Typically, the initial tiers of such clauses provide for a duty to enter into negotiations, sometimes requiring the attendance of top management representatives, and/or a duty to participate in conciliation or mediation processes. The last tier of such clauses provides for the adjudicatory process (arbitration), which is intended to be conducted only if the efforts taken in the initial tiers have failed." (JOLLES, 2006, p. 329).

¹¹ Tradução de Yuri Brizon Reis

Segundo a lei 9.307/1996, art. 21 §4º, “Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 da Lei”. Isso abre o precedente para que as disposições contratuais empresariais, ou pessoais, contemplem a cláusula escalonada como meio mais adequado para resolução das possíveis desavenças que estremecem as relações ou coloquem em risco expressivos negócios.

Quando prevista no objeto da relação, a cláusula escalonada constitui o caminho para a negociação através da mediação ou conciliação antevendo a instauração da arbitragem. Também é possível a utilização da cláusula MED-ARB, ou a suspensão temporária do procedimento de arbitral (cláusula ARB-MED), caso que configura cláusula híbrida, pois essa, diferente da escalonada, estabelece a opção entre a mediação ou a arbitragem. De toda forma a mediação poderá ser mais eficiente ao caso. Nesse viés, mesmo havendo um processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, através de solicitação ao juiz ou árbitro, tornando o processo suspenso em tempo suficiente para a solução do litígio. Tal premissa se confirma com o art. 139, inciso V do CPC, que aborda sobre o juiz promover a autocomposição com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais a qualquer tempo do processo.

Para Fernanda Levy (2013 p. 210), a utilização conjunta dos métodos permite retirar de ambos o que mais se tem de vantajoso em cada um deles: de um lado, a mediação permite a criação de alternativas que estão fora do escopo de uma eventual sentença arbitral ou judicial, permitindo, além disso, que canais de comunicação sejam reestabelecidos e que novos horizontes comerciais possam surgir. De outro lado, a presença da arbitragem garante, em caso de ausência de acordo, que uma decisão mais célere e personalizada ao conflito seja tomada pelo árbitro.

Relações contratuais de temporalidade prolongada e com significativa complexidade, como franquias, representações comerciais, construção civil e infraestrutura, constituem-se do perfil da natureza adequados as cláusulas escalonadas, robustas e eficazes em buscar soluções entre diferenças que representam verdadeiros entraves que comprometem o empreendimento. Para que as finalidades das cláusulas escalonadas sejam cumpridas é preciso verificar a utilização das formas distintas de solução de conflitos na interferência dos interesses e objetivos das partes, e se esses métodos serão úteis na solução do conflito.

A inserção contratual da cláusula escalonada, evidencia a não exclusão de nenhum dos institutos, ambos devem ocorrer cumprindo a ordem, mediação seguida da arbitragem. A composição da cláusula que infere a forma eleita pelas partes, para a resolução do seu conflito, vai envolver a combinação de mecanismos consensuais oferecidos pela mediação, bem como os mecanismos

heterocompositivos aplicados pela arbitragem. Com atributos diversos e jurisdições distintas, ambas potencializam resultados apressurados em relação ao judiciário.

Sobre a obrigatoriedade ou não da mediação antecedente à arbitragem, confirma-se apenas quanto a sua determinação como ato prévio, mas não, como um empecilho para a realização do procedimento arbitral. Selma Ferreira Lemes entende que a determinação da cláusula refere que as partes procedam às tratativas negociais pacificamente sem cunho obrigatório:

Assim se verifica quando as partes estabelecem que surgida a controvérsia envidarão seus melhores esforços para solucionar a controvérsia amigavelmente e, não sendo possível, instituirão procedimento arbitral, regulando, em seguida, a arbitragem. A proposição de solução amigável, tal como acima mencionada, mesmo quando fixa prazo para que as partes tentem uma solução amigável, representa um procedimento informal de condução de uma simples negociação. Considerando-se verificada, sem maiores formalidades, com o início de trocas de correspondências, com atas de reuniões entabuladas para esse fim, inclusive envolvendo altos escalões da empresa, com o objetivo de alcançar solução para o dissenso. (LEMES, 2010 p.9)

Para a efetivação prática das cláusulas escalonadas é necessário o comprometimento das partes frente aos trâmites pré-arbitrais e a excelente redação dos arranjos que determinam o método e institui fases e prazos específicos, sem criar precedentes ao árbitro.

Tratando a arbitragem comumente de casos empresariais, cabe demonstrar que segundo o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), a natureza dos contratos provém: 51% compra e venda de ações/societário, 15% fornecimento de bens/prestação de serviços, 13% construção, 11% outros, 4% concessão, 4% imobiliários, 1% seguros e 1% financiamentos. Esse perfil de disputas envolveu R\$ 8,5 bilhões em 2019.¹² Ao passo que a mediação apresentou índices de 37,5% referentes a construção civil e energia, 50% contratos de cunho societário, e 12,5% outros. Tais índices referem a confiança do setor de negócios nas soluções alternativas de disputas, que dispõe das condições atrativas essenciais de adesão: a autonomia da vontade das partes, o tempo dispendido e a confidencialidade.

Para o acesso a sociedade quanto ao conhecimento, a utilização e a redação das cláusulas escalonadas, híbridas ou mistas, o Centro de Arbitragem

¹² Relatório Anual 2019, Fatos e Números do CAM-CCBC.

e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC),¹³ a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial - Brasil (CAMARB),¹⁴ a Câmara de Arbitragem, Mediação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP),¹⁵ entre outras, disponibilizam em seus sites modelos de cláusulas escalonadas e trâmites sequenciais que auxiliam na celebração dos contratos empresariais.

5 Habilidades do mediador e sua importância para o árbitro como “*peacemaker*”

Não há existência humana sem conflito. Embora seja o homem o condutor da comunicação que elucida os problemas gerados na convivência social, nem sempre consegue estabelecer um diálogo positivo e produtivo.

Como facilitador da comunicação, o grande trunfo do mediador é ser um pacificador de conflitos, aquele que estreita as controvérsias proporcionando um ambiente adequado para um entendimento entre partes em litígio. Deve ser criativo e manter o desejo de descobrir, explorar os fatos que podem ser vistos sob outro ângulo. Muito mais que isso, o mediador em atuação, deve despir-se de qualquer outra atividade que exerça para ser unicamente o profissional “mediador”.

O mediador judicial, por exigência legal (Art. 11LM) deve cumprir os requisitos básicos de ser pessoa capaz, graduado em qualquer área com pelo menos dois anos de curso superior em instituição reconhecida pelo MEC, e ser capacitado em escola de formação de mediadores, reconhecida pelos tribunais. Tal formação exige 40 horas aula com posterior 80h de supervisão vivenciada dentro do judiciário, sob a coordenação dos CEJUSCs, para obter a qualificação mínima. São exigências justas perante responsabilidade a ser exercida profissionalmente, porém ainda insuficiente para sua diferenciação nas habilidades e competências de mediador, eficácia que é adquirida com o amadurecimento prático.

A experiência do mediador é indispensável durante todo procedimento de mediação. Do estabelecimento do *Rapport*¹⁶ à redação do acordo, cada etapa extrai da vivência do profissional como mediador o *feeling* que lhe assegura o próximo passo. O Manual do Mediador do Conselho Nacional de Justiça - CNJ versa sobre

¹³ Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá - ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/modelos-de-clausula/ (acesso em 06/09/20)

¹⁴ Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil - <http://camarb.com.br/arbitragem/clausula-modelo-escalonada/> (acesso em 06/09/20)

¹⁵ Câmara de Arbitragem, Mediação das Indústrias do Paraná - <http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-arbitragem/clausula-compromissoria-1-20704-170516.shtml> (acesso em 06/09/20)

¹⁶ “*Rapport*” é uma palavra de origem francesa (*rapporther*), que significa “trazer de volta” ou “criar uma relação”. Em psicologia, representa um estilo de relacionamento próximo e harmonioso no qual indivíduos ou grupos estão em sintonia uns com os outros, entendem os sentimentos e ideias uns dos outros, e comunicam-se de maneira cordial. - Segundo o Manual de Mediação do CNJ, *Rapport* é o estabelecimento de uma relação de confiança.

a figura do mediador: É fundamental que o autocompositor, o responsável pelo bom andamento do processo, seja hábil a fim de se comunicar muito bem, sendo capaz de exprimir seus pensamentos de forma simples e clara, porém apurada, e de receber os pensamentos provenientes das partes, sabendo interpretá-los de acordo com a intenção de quem os exprimiuiu. Afinal, é com as informações que recebe das partes que o autocompositor poderá trabalhar a fim de trazer à tona as possíveis soluções do conflito. E, somente se o mediador comprovar que sabe ouvir e compreender as partes é que elas realmente prestarão as informações necessárias para que possa desenvolver o seu trabalho. (2016 p. 250)

O mediador ainda precisa seguir os princípios norteadores da mediação, utilizar inúmeras ferramentas provocadoras de mudanças, mas são suas habilidades que vão conduzir com sucesso, o ato de mediar. Existem orientações distintas que objetivam um padrão de aperfeiçoamento contínuo para a qualidade do trabalho exigido pelo judiciário, contudo, o aprofundamento técnico e o amadurecimento pessoal vão ao encontro do interesse e desempenho de cada um. Para isso, muitas são as áreas do conhecimento que expandem a capacitação do mediador como por exemplo: a psicologia cognitiva auxilia na harmonização das relações sociais a fim de ensejar a realização dos valores humanos evitando sacrifícios e desgaste; a Comunicação Não Violenta – CNV transforma o diálogo em mensagens positivas; a empatia envolve componentes da afetividade; o próprio desenvolvimento da inteligência emocional permite o equilíbrio das emoções. Para predicamentar o mediador, não há limite no conhecimento.

As funções específicas do mediador e do árbitro são distintas, embora fiéis aos mesmos princípios da confidencialidade e da autonomia da vontade. Ambos são protagonistas na aplicação das técnicas das diferentes modalidades de disputa, consoante o mediador detém habilidades que se enquadram no perfil do árbitro no que tange as diretrizes para a resolução pacífica de disputas e conflitos. O êxito dos mediadores na construção do entendimento entre as partes é valioso quando todos estão focados, pacientes e equilibrados em suas abordagens. Os acordos visam a paz e devem excluir a violência, oferecendo um meio de alcançar justiça, segurança e reconciliação.

O árbitro e o mediador, nas respectivas atribuições de julgar o feito e facilitar os bons ofícios e esforços do diálogo, têm a responsabilidade da escuta, do respeito e confiança, da administração dos ânimos, de examinar os fatos, e de abordar com imparcialidade as questões. Todavia, as habilidades do mediador podem ser relevantes para as abordagens do árbitro como *peacemaker*.¹⁷ Ser um

¹⁷ Pacificador. O *UN Peacemaker* é uma ferramenta online de apoio à mediação para profissionais de pacificação. É parte do esforço geral da ONU para fornecer aconselhamento e apoio ao Secretário-Geral e seus Representantes em seus esforços para resolver disputas internacionais e conflitos internos.

“agente da paz” carece de um constante treinamento do desenvolvimento das habilidades socioemocionais para lidar com os conflitos de forma não violenta. A capacidade do mediador em desconstruir padrões destrutivos e transformá-los, equipando sua caixa de ferramentas, fortalece os subsídios para tornar-se flexível.

De acordo com a Lei de Arbitragem, o árbitro é um juiz de fato e de direito no que trata à condução do procedimento arbitral. Ele deve ter conhecimento sobre a questão em litígio, devendo atuar com independência e imparcialidade, sendo o objetivo inicial o de alcançar a conciliação entre as partes. Mesmo que não haja uma formação específica exigida, o perfil de árbitro se origina da carreira jurídica e com conhecimento sobre tal. Uma vez que profissionais de diferentes áreas podem dispor-se à função, e que a atuação de juiz é temporária, cabe ser considerada a possibilidade do desapego da rigidez provinda da figura do magistrado, somando outras aptidões pertinentes para desempenhar uma sentença justa e amigável. Importante refletir que as habilidades do mediador são eficazes para o desenvolvimento da autorresponsabilização que desperta o termômetro do quão construtiva é sua ação para a sociedade, que se enquadra também para o árbitro.

Embora a experiência vivenciada entre as partes em uma mediação não alcance o acordo, os procedimentos de mediação costumam possibilitar transformações proveitosas no tratamento com o conflito, objetivando à posterior adjudicação. Mediadores e árbitros nas funções que exercem, direta ou indiretamente, estão investidos no papel de pacificadores, podendo ir além da mera tecnicidade vinda dos métodos e teorias. Essas atividades permitem visualizar o próprio trabalho como um ato sociológico em constante movimento e transformação.

6 Conclusão

A relação estabelecida entre as cláusulas escalonadas e os distintos meios de soluções de conflitos como a mediação e a arbitragem, vincula a aplicação das técnicas e experiências, com a importante tarefa de promover o diálogo positivo, também, consequentes no processo arbitral. A mediação desonera a arbitragem, deixando para os árbitros somente os problemas insolúveis. Procedente então, que tais métodos sejam chamados “adequados” e não mais “alternativos”, pois conjuntamente representam um sistema de justiça multiportas, que contempla soluções consensuais obtidas de forma amigável ou adjudicadas, mediante decisão de terceiro, que podem atuar como um *peacemaker*.

Também se destina a ser útil para os parceiros da ONU ativamente engajados nos esforços de pacificação, incluindo Estados-Membros, organizações regionais, sociedade civil, organizações não governamentais e mediadores nacionais.

Nesse contexto, as cláusulas escalonadas adotadas como disposições modernas e inteligentes, elucidam o caminho da comunicação previamente ao julgamento de um terceiro. A mediação, especificamente, mostra-se mais aderente às expectativas das partes em temporalidade, custo e eficiência. Com efeito, é indispensável contar com a experiência e as habilidades do mediador na atuação da transformação da espiral do conflito e no empoderamento das emoções e sentimentos dos envolvidos, proporcionando-lhes o equilíbrio que viabiliza o entendimento. Importa dizer, que tais técnicas consolidam nas partes a importância da comunicação como composição positiva do diálogo, ainda que em posterior procedimento arbitral.

Os estágios distintos previstos pelas cláusulas escalonadas nos contratos empresariais, cenário mais vigente, permitem demonstrar sua efetividade pelas vias econômica, jurídica e sociológica. Nessa ótica, percebe-se que os métodos de solução de conflitos mantêm a eficiência econômico-financeira do contrato e a solução célere e pacífica da controvérsia. Ambos os métodos, autocompositivos que buscam a solução amistosa do litígio, e os heterocompositivos que resolvem a controvérsia de modo final e vinculante, compõem o procedimento escalonado de forma a impedirem que pequenos litígios saiam do controle, num primeiro momento, ou resolvam a lide de forma adjudicatória, produzindo uma decisão.

Por derradeiro, a abordagem discorrida revela o espectro da importância e funcionalidade trazidas pelo dispositivo das cláusulas escalonadas nas relações de mediação e arbitragem, quando contratualmente previstas, bem como as respectivas aplicações perante a solução de conflitos. O resultado efetivo das ADRs é demonstrado pelo quantitativo crescente divulgado oficialmente pelos órgãos do Estado. Considerando, que sobretudo ainda é incipiente pela sociedade a divulgação e o conhecimento desses dispositivos (ADRs), não há dúvida que em horizonte de médio prazo a sociedade adotará como medida massiva para abreviar a solução de conflitos, em detrimento à tradicional via de judicialização.

Importance, Features and Relationship of Multi-Tier Clauses in Mediation and Arbitration

Abstract: The paper's purpose, through a theoretical-practical approach, is to highlight the relevance and functionality of the multi-tier clauses in the mediation and arbitration environment, where the mediator, equipped with techniques and experience, makes it possible to relieve the arbitrator's work so that it deals only with insoluble issues. The mediation before the arbitration proceedings offers the parties the reestablishment of communication and, therefore, the protagonism and the transformation of the dispute. Thus, the Multi-Door Courthouse System and the ADR types provide the prospective reality that enables access to the population as a fundamental right to resolve judicial or extrajudicial disputes.

Keywords: Multi-tier clauses. Mediation. Arbitration. Transformation. Dispute.

Referências

- ARRUDA, Daniel Péricles, VIDAL, Ricardo Flores. Lugar de escuta: uma proposta metodológica para a mediação de conflito. *Revista Ciências Jurídicas e Sociais - UNG-SER*. 2020, v. 10, n1, p 35-46.
- AMARAL, Paulo Muanis. Contratos civis brasileiros e negócio jurídico processual na pandemia. *Revista Eletrônica Sapere Aude*. São Paulo, 2020 n. único, p. 83-102.
- BRASIL. *Justiça em números 2020*. Conselho Nacional de Justiça.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: Resolução CNJ 125/2010*. Ed. 4 rev. Atual e Ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris Editor, 1988.
- CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO - CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL CANADÁ. *Relatório anual 2019. Fatos e números do CAMCCBC*.
- Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá* - ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/modelos-de-clausul. Acesso 06/09/2020.
- Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial - Brasil* - <http://camarb.com.br/arbitragem/clausula-modelo-escalonada>. Acesso 06/09/2020.
- Câmara de Arbitragem, Mediação das Indústrias do Paraná* - <http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-arbitragem/clausula-compromissoria-1-20704-170516.shtml>. Acesso 06/09/2020.
- FERREIRA, Daniel Brantes. *As cláusulas multietapas e híbridas de solução de conflitos como solução para tempos de incertezas*. Algumas experiências do direito comparado. 2020.
- GABBAY, Daniela Monteiro; MAZZONETTO, Nathalia; KOBAYASHI, Patrícia Shiguemi. *Desafios e Cuidados na Redação das Cláusulas de Arbitragem*. In: Fabrício Bertini Pasquot Polido; Maristela Basso. (Org.). *Arbitragem Comercial: Princípios, Instituições e Procedimentos*, a Prática no CAM-CCBC. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, v. 1, Cap 4.
- HADERSPOCK, Brian. Reflexiones en torno a las clausulas escalonadas. *Revista ADR News (Acuerdo Justo)*. Año 1. n1.
- JOLLES, Alexander. *Consequences of mult-tier arbitration clauses issues of enforcement*. 72 Arbitration. London, 4. 2006.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. *Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem*. Artigo publicado no livro *Arbitragem Internacional*, UNIDROIT, CISG, Direito Brasileiro. São Paulo. 2010.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. Ensaio e Pareceres. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. RDCC Vol. 7 Abr./Jun. 2016.
- LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas. A mediação comercial no contexto da arbitragem*. Ed.1 São Paulo. Saraiva, 2013. ISBN 8502205269.
- MACIEL, José Antônio, SANTOS, Samuel Duarte. *Tribunal multiportas: tratando os conflitos adequadamente através dos métodos consensuais por meio dos centros judiciais*. Biblioteca Digital do TJMG. 2020
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo ao processo civil*. Ed. 2 São Paulo. Saraiva, 2003.
- OKIMOTO, Pedro Ribeiro. *Os efeitos jurídicos da utilização das cláusulas escalonadas de Med-Arb*. Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2019.

PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues *et al.* *Reforma da lei de arbitragem*. Comentários ao texto completo. OAB Comissão de mediação e Arbitragem. 2015, pg.6.

PADILHA, Fernanda. A mediação extrajudicial como método de solução de conflitos. *Revista Eletrônica OAB - Joinville SC*. 2020, ano 6 p. 147.

RODOVALHO, Thiago. *Aspectos básicos da arbitragem*. Instituto de Direito Contemporâneo. 2017.

SALES, Carlos Alberto, LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes, SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. Curso de métodos adequados de soluções de conflitos. Florense. 2020.

SANTOS, Daniele Cristina Palma, MIMÊÃO, Álvaro Osório do Valle. Direitos Fundamentais: Suas dimensões. *Revista Processus - Multidisciplinariedade*. 2020. Ano 1, v. 1 - Jan/Jun.

REIS, Yuri Brizon. A obrigatoriedade da cláusula escalonada Med-Arb. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5, 2019 n. 3

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SEVERO, Luciana. Importância, funcionalidades e relação das cláusulas escalonadas na mediação e arbitragem. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 02, n. 04, p. 67-82, jul./dez. 2020.

A cláusula escalonada nos contratos de afretamento e nas *charter-parties*

Marcella Paiva

Professora universitária na Pós-Graduação de Processo Civil e Gestão Jurídica no Instituto Brasileiro de Mercados de Capitais (IBMEC). Professora Universitária do Curso de Direito na Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO). Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituições e Negócios (PPGDIN), na Universidade Federal Fluminense. Mestre pela Universidade de Vigo, Espanha. Mestre em Justiça Administrativa, sob a linha de pesquisa Ética e Justiça, na Universidade Federal Fluminense. Pós-graduada no MBA em Direito Empresarial da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Membro do Grupo de Pesquisa de Arbitragem da Universidade Federal Fluminense (UFF). Coordenadora da Equipe de Arbitragem da Universidade Federal Fluminense. Bacharel em Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Ex-membro da Equipe de competição em Arbitragem Comercial da Universidade Federal Fluminense.

Marcello Guimarães

Doutorando no PPGD UFF. Mestre em Direito e Economia pela UGF, Pós-Graduado pela UFF e pela FGV, Bacharel em Direito pela UFRJ e Advogado. Atualmente é Vice-Presidente Óleo e Gás para o Brasil e a América Latina da Hill International, Inc. Um dos cinquenta membros brasileiros do Dispute Board Resolution Foundation (DBRF), é palestrante e conferencista, especializado principalmente em Compliance, Claims, Mediação e Arbitragem. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado.

Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro

Professor Adjunto na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense-UFF, na disciplina de Direito Internacional Privado e Arbitragem nas Relações Privadas. Professor do Doutorado em Direito Instituições e Negócios – PPGDIN/UFF. Professor do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC. Pós-graduação em Contencioso Administrativo (Petrobras), disciplina Arbitragem na Indústria do Petróleo. Doutor em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Democracia, Estado de Direito e Cidadania. Líder do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos sob a Perspectiva Discursiva. Coordenador da Linha de Pesquisa Arbitragem sobre o Prima Habermasiano.

Resumo: O Direito Marítimo Internacional possui normas, muitas das quais consolidadas pelas práticas reiteradas de mercado. Entre os contratos de afretamentos, um dos mais utilizados pela indústria de *shipping*, a previsão da cláusula arbitral aponta sempre para possibilidade de ampliação das despesas, quando da necessidade de resolução de litígios. O presente artigo analisa o cenário da utilização da cláusula arbitral nos contratos de afretamento utilizando como metodologia a pesquisa bibliográfica, sob a perspectiva do Direito Comparado. No decurso da análise, apresentaremos as vantagens e as implicações na utilização do procedimento escalonado nesses instrumentos de valores extremamente elevados característicos do Direito Marítimo.

Palavras-chave: Afretamento. cláusula arbitral. Escalonamento. Direito Marítimo. Direito Comparado.

Sumário: **1** Introdução – **2** Contratos de afretamento marítimos e as carta-partidas – **3** Taxonomia dos conflitos marítimos – **4** Cláusula compromissória nos contratos de partida internacionais – **5** Mediação nos contratos marítimos – **6** Cláusula escalonada nos contratos de afretamento – **7** Conclusão – Referências

1 Introdução

Os contratos marítimos internacionais de afretamento envolvem temas específicos e sensíveis que podem gerar uma série de efeitos dentro do mercado de *shipping*. A demora em se chegar a uma solução, assim como o vazamento de alguma informação confidencial, por exemplos, podem gerar prejuízos irreversíveis para os contratantes ou, até mesmo, para todo um sistema econômico.

As relações comerciais que envolvam o transporte marítimo de bens e mercadorias, assim como todas as operações que envolvem embarcações, são de extrema relevância, principalmente levando em consideração à movimentação econômica que é envolvida ao redor do mundo.

Sendo cada vez mais complexas, estas relações comerciais originam conflitos aos quais, muitas das vezes, se recorre ao Poder Judiciário em busca de solução. Em razão da morosidade e do sobrecarga da jurisdição estatal, há esferas em que esse meio não se mostra como o mais efetivo, sendo necessárias alternativas para que se alcance uma melhor solução.

No ramo do Direito Marítimo, os métodos alternativos de resolução de conflitos se apresentam como instrumentos aptos a garantir segurança, satisfação e celeridade, para as partes envolvidas na disputa, uma vez que cada uma possui características próprias.

As disputas decorrentes da contratação marítima internacional e, neste contexto, a escolha do foro é uma questão fundamental. Tanto as cláusulas de competência atributiva como as cláusulas arbitrais são dois mecanismos distintos que ajudam a garantir a imparcialidade e previsibilidade na resolução de litígios internacionais, devendo serem consideradas como saídas eficazes em lides envolvendo partes de diferentes nacionalidades, em face da neutralidade jurisdicional.

Destarte, a mediação e a arbitragem surgem como opções viáveis e efetivas para o enfrentamento das mencionadas disputas, sendo previstas no âmbito das principais instituições de solução de disputas relativas ao Direito Marítimo. Ademais, as cláusulas escalonadas, que combinam procedimentos, têm-se apresentado com relevantes para dirimir litígios de grande complexidade com eficiência.

Assim sendo, mediante tais questões, tem-se como objetivo à análise das cláusulas-modelo de resolução de conflitos de contratos de afretamento e de

carta-partidas, assim como das principais câmaras de arbitragem do setor marítimo, para a verificação da inserção da arbitragem e da mediação nestas.

Examinar-se-á, portanto, a possibilidade de adoção de cláusulas escalonadas para a solução de disputas decorrentes das referidas controvérsias, abordando as suas vantagens e problemas, a partir da metodologia bibliográfica e do método indutivo.

2 Contratos de afretamento marítimos e as carta-partidas

O afretamento consiste no contrato por meio do qual o fretador cede ao afretador, por certo período, direitos sobre o emprego da embarcação, podendo ou não transferir sua posse (FERNANDES, 2007, p.29). Tal modalidade contratual é bastante diversa e possui suas peculiaridades a depender do tipo de material de transporte e da modalidade de *charter party* adotada.

Dentre os *players* envolvidos estão o armador, conhecido também como fretador, e a do afretador. A armação é o ato pelo qual o armador apresta a embarcação, deixando-a preparada em todos os sentidos para operar comercialmente e empreender as aventuras marítimas (MARTINS, 2005, p. 360).

O proprietário da embarcação, não é necessariamente, o armador, podendo ser, portanto, armador proprietário e armador não-proprietário. O primeiro é aquele que arma e explora comercialmente a embarcação registrada em seu próprio nome, já o segundo, não-proprietário, é aquele que arma e explora comercialmente o navio de terceiros para o transporte de mercadorias (IBIDEM, p. 362). Tal aspecto traz complexidade para o contrato de afretamento e para os modelos de *charter parties*.

O afretador, por seu turno, é a pessoa física ou jurídica que toma a embarcação em afretamento, mediante o pagamento de uma compensação financeira, para explorar a atividade de transporte de mercadorias.

Trata-se de um negócio com grandes volumes de valores envolvidos, em que as partes não dispõem de muito tempo, em razão do desempenho dos negócios dentro da prática diária no âmbito das relações jurídicas.

Em razão dessa necessidade, são utilizados formulários ou contratos-padrão, utilizados para a celebração do contrato. No contexto do mercado internacional, é prática comum esses contratos serem formalizados por meio de cartas-partidas internacionais, de caráter *standarts*, que são espécies de contratos padrões.

A *charter party*, carta de afretamento ou carta-partida, é o instrumento no qual afretadores e fretadores estabelecem todas as condições do aluguel do navio para determinada viagem ou por tempo, cobrindo mais de uma viagem, em geral

estabelecendo demais termos como o estabelecimento de *demurrage*¹ e *despatch*.² É o instrumento que comprova a existência do contrato de fretamento e, em regra, é escolhida pelo afretador (MARTINS, 2015, p. 377).

Todavia, mesmo sendo contrato padrão, existe espaço para negociar as cláusulas adicionais, denominadas *riders*, desde que haja concordância das partes. Isso não implica que seja contrato de adesão; a negociação é possível, mas os contratantes normalmente se atêm aos modelos-padrão.

São tipos de contratos de afretamento: por viagem, por período e a casco nu. Sendo especializados para diferentes setores da indústria, podem ser citados como os mais utilizados para fretamentos a tempo: o modelo elaborado pelo *Baltic and International Maritime Council* (BIMCO) e pela *Association of Ship Brokers and Agents* (NYPE 1993). No caso do fretamento a casco nu, o BARECON (BIMCO) é um dos mais comuns. A GENCON (*Uniform General Charter*) também elaborado pelo BIMCO é um dos mais utilizados nos fretamentos por viagem.

O contrato de afretamento por viagem, conhecido no mercado internacional como *Voyage Charter Party* (VCP), é disposto na Lei Nacional n° 9.432 de 1997, em seu artigo 2°, III, como sendo o contrato em virtude do qual o afretador recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado.

A rota do navio determina a sua durabilidade, a ser cumprida pela embarcação, onde o ponto de partida é o porto de carga e finalizado no porto de descarga, sendo realizado quando as partes contratam todo ou parte do navio, pela quantidade de viagens acordadas, para o transporte de mercadorias, tendo como contrapartida o pagamento de uma compensação financeira.

Nesse contrato, a gestão comercial e náutica do navio ficam a cargo do armador, devendo a embarcação ser fornecida com tripulação, equipamento e as demais demandas necessárias para que a viagem seja realizada sem interrupções, como os custos de combustível. No que diz respeito à responsabilidade civil, essa também será do fretador, que responderá pelos eventuais danos ocasionados à carga e pelos prejuízos causados a terceiros durante a viagem (COOKE, 1993, p. 25).

Os contratos de afretamento³ a casco nu, conhecidos como *bare boat* ou *demise charter party*, são definidos legalmente⁴ como o contrato em virtude do

¹ A *demurrage* é uma multa por retenção do navio no porto além do prazo estabelecido para embarque e desembarque, visto que excedido esse prazo o armador estaria perdendo dinheiro a partir do frete combinado.

² O *despatch*, ao contrário, é um prêmio pago pelo armador ao embarcador pela eficiência no embarque e desembarque e por liberar o navio antes

³ Apesar de ser considerado por alguns autores como afretamento, o *bare boat charter* configura, na realidade, um arrendamento do navio.

⁴ A definição é dada pela Lei n° 9.432 de 1997, artigo 2°, I.

qual o afretador tem a posse, o uso e o controle da embarcação, por tempo determinado, incluindo o direito de designar o comandante e a tripulação. Ou seja, o proprietário do navio cede o uso e o controle do mesmo, por tempo determinado, ao afretador (SCRUTON, 1984, p. 47).

No contrato de afretamento a casco nu, é transferido para o afretador, além do direito de fruir, o direito de usar a embarcação. Por se assemelhar a um contrato de aluguel, cabe ao afretador a gestão náutica e comercial do navio, o recebendo desarmado, devendo então prover com equipamentos, tripulação, comandante e todas as demais providências para que o navio possa ser utilizado de forma plena, agindo como proprietário, inclusive, ao arcar com as despesas portuárias, combustível, salários da tripulação, entre outros (IBIDEM, p. 49).

Em relação à responsabilidade pelos atos do comandante e da tripulação do navio, ainda que alguns membros tenham sido contratados pelo proprietário, ela sempre caberá ao afretador. No âmbito da responsabilidade civil, o afretador também responde por eventuais danos à carga e prejuízos causados a terceiros durante a viagem, devendo arcar com os custos da contratação do *Protecting and Indemnity Club*, que consiste no seguro de responsabilidade civil do armador.⁵

Definido como contrato em virtude do qual o afretador recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado,⁶ o contrato de afretamento por período, conhecido como *time charter*, é um contrato de aluguel onde a embarcação é disponibilizada pelo fretador ao afretador por um certo período de tempo.

Neste contrato, o armador, que pode ser proprietário ou não do navio, coloca o navio à disposição do afretador de forma que possa cumprir seus compromissos comerciais transportando a carga de terceiros, durante o prazo contratualmente estabelecido (WILFORD, 1989, p. 88).

Nessa conjuntura, o proprietário é detentor da gestão náutica da embarcação, cabendo a ele a obrigação de contratar o comandante, a tripulação e providências que o armador, ou afretador, deverão realizar para que a embarcação seja apta para navegar, assim como possua condições de operar ao longo da vigência do contrato. Também caberá ao fretador a gestão comercial do navio, ficando a cargo do afretador apenas a função de instruir ao comandante, com informações comerciais como, por exemplo, a que porto se dirigir (IBIDEM, p. 89).

Quanto à responsabilidade civil, caberá ao afretador responder por eventuais danos ocasionados à mercadoria transportada, e o fretador responderá, em face

⁵ Geralmente, o seguro P&I cobre danos à equipamentos, acidentes pessoais e etc.

⁶ A definição é dada pela Lei n° 9.432 de 1997, artigo 2, II.

terceira, pelos prejuízos e perdas ocorridas durante o percurso e o período de vigência do contrato em questão.

O tipo de contrato mais adequado é escolhido sempre de acordo com o caso concreto em questão, sendo definido pelos *players* as inclusões de cláusulas que se adéquam a realidade empírica.

3 Taxonomia dos conflitos marítimos

No âmbito das relações contratuais concernentes ao *shipping*, onde são frequentes os conflitos, as cláusulas e as previsões estipuladas funcionam como uma espécie de prevenção, uma vez que há a possibilidade de lides se originarem por inúmeros motivos diferentes gerando o inadimplemento e, até mesmo a resolução antecipada do contrato.

A primeira definição internacional unificada do que seria uma reclamação de natureza marítima teve origem na Convenção de Bruxelas de 1926. Já o conceito de disputa marítima, teve previsão na Convenção de Arresto de 1999 que, apesar de não ser ratificada em território nacional, traz em seu artigo primeiro a definição de reclamação marítima, *maritime claim*, sendo decorrente de eventos que lista em um rol. Como exemplo dessas reclamações, quantias devidas ao comandante, oficiais e outros tripulantes do navio, relativamente a seus empregos a bordo do navio, incluindo custos de repatriamento e contribuições de seguridade social pagáveis em benefício dos mesmos e qualquer acordo relativo ao transporte de bens ou passageiros a bordo do navio.

Os contratos de afretamento são instrumentos frequentemente expostos dentro do contexto internacional, podendo ser citados casos de navegabilidade, conhecidos como *seaworthiness*, atrasos no *delivery* ou *redelivey*, *bad performance*, no que diz respeito à velocidade e/ou consumo, e o *demurrage*.

Além desses, também podem ser citados inadimplementos contratuais, como o não pagamento das taxas de afretamento em razão do *off-hire*,⁷ disputas contratuais, como a cobrança de excesso de combustível nas embarcações pelo fretador, desequilíbrios contratuais, como em casos de *hardship*⁸ e *force majeure*⁹ e a rescisão antecipada do contrato (MARTINS, 2008, p. 325).

⁷ Suspensão do contrato por indisponibilidade da embarcação.

⁸ Quando a execução de um contrato houver se tornado inútil ou demasiado onerosa para uma das partes, em vista das modificações imprevistas de circunstâncias que embasaram o negócio.

⁹ *Force Majeure*, Força Maior, por um lado, aplica-se a casos em que o desempenho se tornou (temporariamente) impossível devido a um evento além do controle de uma parte, embora todas as medidas de precaução razoáveis tenham sido tomadas. *Hardship*, por outro lado, lida com casos onde o desempenho acordado é basicamente ainda possível. No entanto, os fatos subjacentes substancialmente alterada para que o cumprimento acordo seria economicamente prejudicial.

O *demurrage*, que na doutrina pátria é denominado sobre estadia ou sobre demora, consiste na quantia paga pelo afretador ao armador-fretador quando o navio ultrapassa o tempo de estadia (*laytime*) por fato não imputável ao armador-fretador (IBIDEM, p. 325-326). Consiste em uma espécie de multa contratual, tendo o caráter de cláusula penal de sanção econômica, contra parte infringente da obrigação (IBIDEM, p. 326). Em relação ao armador, a indenização possui caráter benéfico por ser caracterizada como uma compensação pela retenção do navio, por parte do afretador, servindo como *reparative function* (TIBERG, 1971, p. 42). Caso não haja essa previsão contratual, o armador tem o direito de sair com a embarcação assim que expira a estadia contratada, o que se denomina *retentive function*.

Em contrapartida, seguindo pelo lócus da parte que paga, o ponto negativo se manifesta em razão de seu caráter punitivo, tendo em vista que é devida por não ter realizado as operações de carga e descarga dentro do tempo de estadia estipulado (MARTINS, 2008, p. 327-328). Tais questões estão previstas em alguns modelos contratuais, porém dependem em diversos casos de acordo entre as partes ou, inclusive, renegociação pela extrapolação do prazo definido de estadia, gerando conflitos.

Outra questão são cláusulas *hire*, frete, na doutrina pátria, que consiste na contraprestação pecuniária pela utilização do navio pelo serviço de transporte marítimo de mercadorias, referenciando o frete-transporte (MARTINS, 2008, p. 328-329).

As regras do pagamento do *hire* são definidas na carta-partida, incluindo questões como a moeda, a unidade de medida a qual está relacionada, o local e a data em que deve ser efetuado, assim como todas as demais questões referentes ao seu adimplemento.

Existem três modalidades de cláusulas em relação ao momento em que o pagamento deve ser efetuado, as quais são: *freight payable at destination collect* (frete pagável no destino); *freight collect* (frete a pagar em local diverso daquele do embarque ou destino) e *freight prepaid* (frete pago antecipadamente) (IBIDEM, p. 397).

Em contramão, caso a carta-partida possua a cláusula *ship lost or not lost*, e a perda não resultar da in navegabilidade do navio desde o início da viagem, haverá de ser realizado o pagamento do frete. Em outras palavras, o frete será devido ainda nos casos em que o navio e a carga tenham se perdido, desde que por fatores que não decorram da falta pessoal do fretador e ou da comprovação da in navegabilidade desde início da aventura marítima (IBIDEM, p. 397-398).

No que concerne aos conflitos, além da possibilidade do não pagamento do frete, há também a questão da suspensão do contrato de fretamento em razão do

off-hire. Esse consiste na hipótese da suspensão com fundamento na colocação do navio fora de pagamento por indisponibilidade. Ocorre nos casos em que a embarcação se encontra fora de fretamento, ou seja, em in navegabilidade absoluta ou relativa, deixando assim de apresentar as condições acordadas no contrato de afretamento (IBIDEM, p. 398).

Cumprir destacar que a renegociação contratual e o inadimplemento do contrato se tornaram conflitos comuns pela crise gerada pela pandemia de COVID-19, resultando em procedimentos de mediação, arbitragem e judiciais, os quais devem se adaptar ao momento de distanciamento social e de restrições à circulação de pessoas. Adicionalmente, há entraves relacionados à quarentena obrigatória na chegada a determinados países, como Coreia do Sul e Turquia, o que acarreta atrasos nos contratos de afretamento e dificuldades no processo de carga e descarga (TOMMY THOMAS, *online*).

Diante do mencionado, verifica-se a especificidade dos temas relativos aos contratos de afretamento e às disputas marítimas, a qual é ampliada pela forte presença de modelos padrão de contratos e pela regulamentação por meio de convenções internacionais e por *soft laws* de associações internacionais especializadas, como a *Baltic and Internacional Maritime Council* (BIMCO).

Neste passo, controvérsias relacionadas ao tema gerariam grandes perdas caso submetidas ao processo judicial, em face da morosidade e da ausência de conhecimento específico sobre o tema. Portanto, é imprescindível a submissão de tais conflitos a métodos de resolução de litígios em que seja possível a escolha de *experts* para lidar com tema.

Consequentemente, a mediação e a arbitragem aparecem presentes nos modelos de contratos de afretamento e nos modelos de cláusulas de solução de controvérsias de entidades especializadas, como será analisado nos próximos tópicos.

4 Cláusula compromissória nos contratos de partida internacionais

4.1 Experiência internacional

Em relação às arbitragens marítimas internacionais, embora não seja in-comum a opção por grandes centros arbitrais, como a *International Chamber of Commerce* (ICC), há muitas instituições especializadas na resolução de conflitos originados de contratos de afretamento envolvendo partes de diferentes nacionalidades. Verifica-se especialização de algumas entidades, como, por exemplo, a *The London Maritime Arbitrators Association* (LMAA), *Singapore Chamber*

of *Maritime Arbitration* (SCMA), e *Society of Maritime Arbitrators*, com sede nos Estados Unidos.

Dentre as cláusulas comumente incluídas nos contratos de afretamento e *charter parties* se encontra presente no rol a de leis e regras aplicáveis e a cláusula compromissória arbitral, internacionalmente denominada *Law and arbitration clause*. Podem ser citadas os seguintes modelos de cláusulas de resolução de conflitos: *V Bimco Standard Dispute Resolution Clause*, *Bimco Bulletin n. 1/2002* e *Bimco Arbitration Clause*, jan.2001. Além dessas, existem outras cláusulas da BIMCO, como a *Dispute Resolution Clause, English Law, London Arbitration* e a *Dispute Resolution Clause*, da *Society of Maritime Arbitrators*.

A *Association of Ship Brokers and Agents* (U.S.A) elaborou a NYPE 93, uma carta-partida comumente utilizada nos contratos de afretamento marítimo por tempo, que prevê arbitragem institucional na *Society of Maritime Arbitrators* em Nova Iorque. Nelas se faz presente cláusula compromissória, a qual segue seu inteiro teor:

Todos os litígios emergentes deste contrato serão arbitrados em Nova York da seguinte maneira, e sujeito à lei dos EUA: I - Um Árbitro deve ser indicado por cada uma das partes e um terceiro pelos dois escolhidos. Sua decisão ou a de quaisquer dois deles será final, e para o propósito de executar qualquer prêmio, este acordo pode ser feito uma regra do tribunal. II - Os Árbitros serão homens comerciais, conhecedores dos transportes marítimos. Tal Arbitragem deve ser conduzido de acordo com as regras da *Society of Maritime Arbitrators Inc.* (SOCIETY OF MARITIMITE ARBITRATORS, 2020, p. 7)

No âmbito da *Society of Maritime Arbitrators* (SMA), as partes podem escolher entre a arbitragem standard ou a simplificada (*shortened arbitration*). Para ambas, a sede é, em regra, Nova Iorque, podendo ser alterado pelas partes de comum acordo. Com isto, aplica-se a lei estadunidense (*Title 9 of the United States Code*) para a interpretação dos poderes e deveres dos árbitros.

Ainda segundo a *Society of Maritime Arbitrators* (IBIDEM), a segunda consiste em um procedimento mais rápido para disputas com valor reduzido, com, normalmente, árbitro único e produção probatória diminuída, assim como prazos menores. Assim que o árbitro é indicado pelo requerente e sem oposição do requerido, o árbitro deve cumprir com dever de revelação e, posteriormente, definir o calendário do procedimento. Caso haja discordância quanto à indicação, devem solicitar o apontamento pelo Presidente da SMA de um árbitro único e o procedimento segue como no caso de consenso mencionado anteriormente. Passa-se, em seguida, para a resposta do requerido e, depois, para a produção probatória, a qual é reduzida. Por fim, há a prolação da sentença arbitral.

O procedimento arbitral não destoa da prática da arbitragem internacional, seguindo os mesmos direcionamentos, com dever de revelação do árbitro, impugnação de membros do painel, indicação de árbitros etc. No tocante à sede de arbitragem, será, em regra, Nova Iorque, podendo ser alterada por vontade das partes (art. 7). Ademais, traz detalhamentos sobre a oitiva de testemunhas, depoimento das partes, apresentação de provas.

A câmara em questão apresenta regulamentos bastante completos, prevenindo consolidação de procedimentos, arbitragem simplificada, mediação, conciliação e código de ética.

As cláusulas da *Baltic and International Maritime Council* (BIMCO), como *Standard Bareboat Charter* e *Volume Contract of Affreightment for the Transportation of Bulk Dry Cargos*, por seu turno, costumam prever a possibilidade de arbitragem institucional com duas câmaras. A cláusula abaixo do modelo de BARECON da BIMCO dispõe o seguinte:

Todas as controvérsias oriundas deste contrato serão arbitradas em Londres e, a menos que as partes concordem imediatamente com um único Árbitro, serão encaminhadas ao árbitro arbitral final de dois Árbitros que realizam negócios em Londres, que deve ser membro Baltic Mercantile & Shipping Exchange e envolvido com navegação, um a ser nomeada por cada uma das partes, com poderes para tais nomearem o terceiro árbitro. (BIMCO CLAUSES, *online*)

A *Baltic and International Maritime Council* (BIMCO) é uma organização privada formada principalmente por armadores e operadores que atuam no ramo do transporte marítimo internacional. A cláusula de resolução de conflitos, por meio de mediação e arbitragem pela *London Maritime Arbitrators' Association* (LMAA) com sede em Londres ou *Society of Maritime Arbitrators* (SMA), em Nova Iorque, se trata de uma cláusula compromissória cheia. O procedimento arbitral da SMA já foi detalhado acima ao tratar da cláusula modelo da *Association of Ship Brokers and Agents*.

No que tange à LMAA, seu regramento, revisado em 2017, dispõe sobre a arbitragem na câmara, com tratamento comum à arbitragem internacional, como ocorre na SMA. A arbitragem pode ser com um árbitro único ou com um painel arbitral formado por três árbitros, os quais podem ou não ser parte do rol da instituição (arts. 7 e 8). O regramento dispõe de forma expressa e organizada sobre os poderes dos árbitros (art. 16), os quais poderão ser modificados a depender da jurisdição de aplicação das regras processuais. Caso seja na sede da câmara em Londres, deverá seguir a lei inglesa, como ocorre com a SMA e a lei estadunidense. O regulamento de arbitragem da LMAA é trabalhado conforme as etapas do procedimento arbitral, trazendo previsões extensas sobre a produção probatória,

impugnação de árbitros, sentença arbitral, etc. (LONDON MARITIME ARBITRATORS ASSOCIATION, 2017)

O modelo da *Uniform General Charter* (GENCON) foi revisado em novembro de 1995 e é comumente usado para contratos de *voyage charter party*. Uma das cláusulas-padrão prevista é a convenção de arbitragem, que possui duas alternativas de câmara arbitral: SMA ou LMAA. O primeiro caso é para a arbitragem nos Estados Unidos, com sede em Nova Iorque, na *Society of Maritime Arbitrators* com aplicação das suas regras. Ou ainda há a possibilidade de arbitragem na Inglaterra, em Londres, na *London Maritime Arbitrators' Association*, com seu regulamento de arbitragem. Deste modo, segue os mesmos parâmetros do modelo mencionado acima, já que também foi elaborado pela BIMCO.

Segundo MARRELLA (2005, p. 1080-1081), há outros modelos no mesmo sentido, como: o *North American Grain Charter Party* (NORGRAIN 89), criado pela *Association of Ship Brokers and Agent Inc*; *Standard Coal Ore Charter Party* (OREVOY); *Polish Coal Voyage Charter Party* (POLCOALVOY) e *American Fertilizer Charter Party* (FERVIVOY).

Em relação à arbitragem marítima, é possível encontrar respeitáveis instituições brasileiras totalmente dedicadas a esse ramo, podendo ser citadas a Câmara de Arbitragem da Associação Brasileira de Direito Marítimo (ABDM), o Centro Brasileiro de Arbitragem Marítima (CBAM), a Câmara de Arbitragem da Associação Comercial de Santos, a Câmara de Arbitragem Marítima do Rio de Janeiro (CAMRJ). Contudo, ainda não se verifica uma tradição de opção por tais câmaras, já que os principais modelos de contrato de afretamento e de *charter party* estabelecem câmaras estrangeiras, como visto acima.

Por conseguinte, nota-se que há uma tradição da arbitragem nas *charter parties* e contratos de afretamento, seguindo, em sua maioria, as regras da *Society of Maritime Arbitrators* ou da *London Maritime Arbitrators Association*.

A arbitragem se mostra consolidada no Direito Marítimos desde o final da década de 1980 e segue sendo prevista nos modelos de contratos mais recentes. No entanto, o momento atual, pandêmico, pode gerar modificações nos métodos de resolução de conflitos, no que, desde 2005, Fabrizio Marrella (2005, p.1100) já apostava: mudanças no cenário da solução de disputas, em face da evolução dos meios digitais.

5 Mediação nos contratos marítimos

Desde a década de 1990, a mediação tem ganhado espaço no setor marítimo, aparecendo em cláusulas específicas das câmaras de arbitragem tradicionais na indústria em pauta, como a LMAA, a SMC e a SCMA, e em cláusulas escalonadas, as quais serão abordadas em tópico específico.

Foram incorporadas, por exemplo, cláusulas de mediação na *BIMCO Standard Law and Arbitration Clause* e no *EUROMED Charter Party* (MENON, 2015, p. 27). Nesta última, desde a revisão de 1997, há a inclusão a mediação no modelo do *Centre for Dispute Resolution*, em Londres, modelo este que prevê que não havendo um acordo em 35 dias, a controvérsia será submetida à arbitragem.

A *Society of Maritime Arbitrators* (2020, p.12) possui previsão de mediação e de conciliação na câmara e no regulamento. A primeira foi introduzida em fevereiro de 1999 na câmara, cujas regras foram atualizadas em 2016 e dispõe sobre a possibilidade de realização de mediação prévia ao procedimento arbitral.

O procedimento de mediação, previsto no Regulamento da SMA, segue a prática internacional, com mediação confidencial e voluntária. O mediador deve atuar com independência, imparcialidade e neutralidade, auxiliando a comunicação das partes e o estabelecimento de um acordo (art. 4). Quanto ao lugar de realização das sessões, em regra, ocorrerão em Nova Iorque, mas as partes podem acordar outro local (art. 6).

Em Singapura, tem havido o estímulo à mediação em disputas marítimas, principalmente pela atuação da *Singapore International Mediation Centre* (SIMC) e suas parcerias, como a feita com a *Singapore Chamber of Maritime Arbitration* (SCMA) e *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC) (MENON, 2015, p. 29).

Embora o *Singapore International Mediation Centre* (SIMC) não seja uma instituição dedicada para a resolução de controvérsias marítimas, a sua parceria com a SCMA a tornou especializada para tais demandas. A SIMC, em face do COVID-19, adotou um protocolo para lidar com os conflitos acarretados pelo impacto político-econômico da pandemia, reduzindo custos e estabelecendo a realização da mediação por via *online*.

No tocante à SIMC, a submissão do conflito à mediação pode ser realizada diretamente no site da instituição e ocorrerá com base nas regras da câmara. O regulamento prevê a possibilidade de escolha de um mediador do rol da instituição ou externo, e o procedimento deve ocorrer em Singapura, conforme a cláusula padrão (SINGAPORE INTERNATIONAL MEDIATION CENTRE, *online*).

A *London Maritime Arbitrators Association* (LMAA), por seu turno, criou painéis de mediadores para a resolução de procedimentos de mediação em parceria com o BIMCO e um painel próprio. Ademais, apresenta *the LMAA Mediation Terms* de 2002 e *the LMAA/Baltic Exchange Mediation Terms* de 2009, os quais são similares: ambos apresentam a previsão de posterior procedimento arbitral ou processo judicial (LONDON MARITIME ARBITRATORS ASSOCIATION, 2017).

Diante do cenário atual, Parry e Owen (*online*) apostam na mediação para o momento de pandemia e para os meses subsequentes pela flexibilidade e celeridade do procedimento, principalmente, pela via virtual. Há o uso de *softwares*

de videoconferência que simulam a sessão de mediação presencial, inclusive, com salas virtuais próprias para as partes e seus representantes, a exemplo das medidas tecnológicas tomadas pela LMAA e pela SIMC.

6 Cláusula escalonada nos contratos de afretamento

6.1 Cláusula escalonada

Cláusulas escalonadas são cláusulas que preveem a utilização sequencial de meios alternativos de soluções de controvérsias, inseridos num contexto de múltiplas etapas, utilizando dois ou mais mecanismo de solução de conflito, como por exemplo, a negociação, a mediação e a arbitragem (LEVY, 2013, p. 173). São extremamente variadas, seguindo o desejo das partes com relação ao método de resolução de conflitos.

A experiência tem demonstrado que a utilização simultânea de mediação e arbitragem através da cláusula escalonada contribui bastante para preservar o bom entendimento entre os sócios, no ambiente comercial. A cláusula que prevê ambos os procedimentos mencionados em suas variações – med-arb, arb-med, arb-med-arb – traz vantagens pelo agrupamento de um método autocompositivo com um heterocompositivo (DEASON, 2013, p. 224).

Med-arb consiste em uma cláusula de resolução de conflito híbrida, que integra mediação e arbitragem, podendo ou não o terceiro figurar na função de mediador e árbitro. No Brasil, há vedação expressa no art. 7º da Lei n. 13.140/15 (Lei de Mediação) à atuação do mediador como árbitro no conflito em que atuou como mediador. Contudo, diversas câmaras de resolução de controvérsias não preveem tal proibição. De qualquer modo, caso a decisão passe por reconhecimento de sentença estrangeira no Brasil, as partes devem impedir a acumulação destas funções pelo terceiro, evitando eventual nulidade da sentença arbitral.

No âmbito do Direito Marítimo é essencial que esses conflitos sejam sanados o quanto antes, preservando a existência do contrato de afretamento, já que alguns possuem longa duração e envolvem alto risco (LEVY, 2013, p.174). Tal combinação pode gerar maior eficiência na solução dos conflitos e possui bom custo-benefício (BREWER, 1999, p. 34).

6.2 Cláusula escalonada, *charter parties* e contratos de afretamento

Frente às considerações feitas sobre a cláusula escalonada, cumpre abordá-la no campo do setor marítimo, apresentando os modelos utilizados e comentando-os.

A utilização da cláusula escalonada nas cartas partidas dos contratos de afretamento poderia reduzir os custos das empresas envolvidas na transação, já que a arbitragem é um procedimento caro. No âmbito dos conflitos marítimos na Ásia, a med-arb tem sido bastante utilizada devido à transição sutil de um procedimento para o outro, o que aumenta a suscetibilidade das partes à arbitragem (YANG, 2018, p. 804).

A arbitragem, método de costume do Direito Marítimo, tem gradualmente perdido espaço para a mediação e para as soluções multiportas, mas o poder vinculante da sentença arbitral e o reconhecimento do laudo conforme a Convenção de Nova Iorque ainda a mantém como um método relevante no setor (TEH, online).

A *Society of Maritime Arbitrators* redigiu uma cláusula modelo que prevê a mediação e a arbitragem, sendo na forma escalonada ou alternativa:

Model Mediation/Arbitration Clause:

If a dispute arises under this contract, the parties may agree to seek an amicable settlement of that dispute by mediation under the Mediation Rules of the Society of Maritime Arbitrators, Inc. (SMA) of New York then in force. If there is then a mediation but it does not result in a settlement, or if the parties do not agree to mediate, the dispute shall be referred to arbitration before three commercial arbitrators under the Arbitration Rules of the Society of Maritime Arbitrators, Inc. (SMA), one to be appointed by each of the parties and the third by the two so chosen and their decision or that of any two of them shall be final and binding. Alternatively, the parties may refer the dispute to one commercial arbitrator under the SMA Rules for Shortened Arbitration Procedure (“SMA Shortened Rules”) whose decision shall be final and binding. In either case, judgment upon such arbitration award may be entered in the U.S. Federal District Court for the Southern District of New York.¹⁰ (SOCIETY OF MARITIME ARBITRATION, 2020, p. 14)

Neste caso, a mediação pode ser anterior ao procedimento arbitral ou as partes podem escolher por um método ou por outro para dirimir a controvérsia.

¹⁰ “Modelo de cláusula de mediação / arbitragem: Se surgir uma disputa sob este contrato, as partes podem concordar em buscar uma solução amigável para essa disputa por meio de mediação de acordo com as Regras de Mediação da Sociedade de Árbitros Marítimos, Inc. (SMA) de Nova York então em vigor. Se houver uma mediação, mas ela não resultar em um acordo, ou se as partes não concordarem em mediar, a disputa será encaminhada para arbitragem perante três árbitros comerciais de acordo com as Regras de Arbitragem da Sociedade de Árbitros Marítimos, Inc. (SMA), um a ser nomeado por cada uma das partes e o terceiro pelas duas assim escolhidas e a sua decisão ou a de quaisquer duas delas será final e vinculativa. Alternativamente, as partes podem encaminhar a disputa a um árbitro comercial de acordo com as Regras para Procedimento de Arbitragem Abreviada da SMA (“Regras Abreviadas da SMA”), cuja decisão será final e vinculativa. Em ambos os casos, o julgamento sobre a decisão da arbitragem pode ser inscrito no Tribunal Federal dos EUA para o Distrito Sul de Nova York”. (tradução do autor)

O mediador não atuará como árbitro no procedimento subsequente, exceto se for de comum acordo das partes a continuidade do mesmo terceiro para a arbitragem, conforme o regulamento da SMA (SOCIETY OF MARITIME ARBITRATION, 2020, p. 3).

Esta restrição tem base no Código de Ética da SMA, no art. 4, prevendo que o árbitro não deve ser uma pessoa que tenha prévio contato com detalhes sobre o caso. Tampouco o mediador pode ser testemunha, representante ou consultor das partes em processo arbitral ou judicial posterior sobre a mesma questão (IBIDEM, p. 13).

Julia Yang (2018, p. 807) assevera que é ideal a escolha de indivíduos distintos para atuarem na função de árbitro e de mediados, já que a atuação e as habilidades necessárias são bastante distintas. Entretanto, há divergência na doutrina a respeito da questão.

De forma distinta, Baril e Dickey (2014, p. 4) consideram que a escolha de outra pessoa para executar a função de árbitro traria perda da eficiência devido ao aumento de custos e de tempo no procedimento de definição e concordância das partes.

O art. 12 da Regras de Mediação da SMA prevê a arbitragem ou o processo judicial posterior, no caso de cláusula escalonada (med-arb/ med-jud), disciplinando uma questão que gera debate na doutrina.

Resta definido no regulamento que o procedimento de mediação não deve atrasar o início da arbitragem ou do procedimento judicial, podendo serem iniciados ou continuados independentemente do seguimento da mediação:

Art. 12. Unless the parties agree otherwise, the submission to mediation shall not stay or otherwise delay the arbitration or litigation of a pending matter. Any arbitral or judicial proceeding in relation to the dispute may be initiated or continued notwithstanding the mediation if such proceedings are deemed necessary by a party for protecting its rights and/or defenses.¹¹ (IBIDEM, p. 14)

Adicionalmente, ressalta que não cabe a atuação do mediador em outros procedimentos, exceto se as partes e o mediador estiverem de acordo por escrito sobre a questão (art. 15).

A *London Maritime Arbitrators Association* (LMAA), por sua vez, também presta serviços de mediação, o quais são o *LMAA Mediation Panel* e o *LMAA/Bactic Exchange Mediation Panel*.

¹¹ Art. 12. A menos que as partes acordem de outra forma, a submissão à mediação não deve suspender ou atrasar a arbitragem ou litígio de uma questão pendente. Qualquer procedimento arbitral ou judicial em relação à disputa pode ser iniciado ou continuado, não obstante a mediação, se tal procedimento for considerado necessário por uma parte para proteger seus direitos e/ou defesas. (tradução do autor)

Conforme previsão do art. 9.4 do *the LMAA Mediation Terms* de 2002, o mediador, caso seja a vontade das partes, pode transformar o termo de mediação em sentença arbitral. Ou ainda, as partes podem submeter o acordo para a homologação do tribunal arbitral, caso a arbitragem tenha sido iniciada anteriormente ao procedimento. O art. 12 do regramento trata do procedimento arbitral posterior à mediação e da possibilidade de início da arbitragem no curso da mediação (LONDON MARITIME ARBITRATORS ASSOCIATION, 2017).

Desta forma, é possível o curso da mediação e da arbitragem concomitante, o que viabiliza a celeridade da resolução do conflito. Em mesmo sentido, dispõe *the LMAA/Baltic Exchange Mediation Terms* de 2009. (IBIDEM)

A cláusula de resolução de disputas da *Baltic and International Maritime Council* (BIMCO) com a LMAA prevê ambos os procedimentos, ou seja, a mediação e a arbitragem, os quais serão em conformidade com o regulamento de ambos. Com base nesta, as partes poderão, independentemente de a disposição relativa à arbitragem, submeter o litígio, a qualquer momento, à resolução por mediação, definindo aspectos específicos para o caso de concomitância dos métodos.

Uma vez iniciada a arbitragem, uma parte pode notificar a outra sobre a intenção de mediar, de forma escrita. Dentro de 14 dias, a outra parte deve se posicionar com relação à notificação. Caso estejam de acordo, se dá início ao procedimento com a escolha do mediador, e a mediação ocorrerá ao mesmo tempo que a arbitragem. Salienta-se que a mediação não é obrigatória, mas há o incentivo por parte da LMAA/ BIMCO, podendo o custo da arbitragem ser direcionado para a parte que recusou o método de autocomposição.

Singapore International Mediation Centre (SIMC), *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC) e a *Singapore Chamber of Maritime Arbitration* (SCMA) se uniram e elaboraram um protocolo de AMA (Arb-Med-Arb), que aplica as regras das câmaras mencionadas e pode ser utilizado para conflitos marítimos.

Com isto, a gestão do procedimento é pela SCMA e são aplicáveis as regras da SIAC para arbitragem e da SIMC para a mediação. Os procedimentos, em regra, serão em Singapura, mas podem ser modificados pelas partes de comum acordo:

The parties further agree that following the commencement of arbitration, they will attempt in good faith to resolve the disputes referred to arbitration through mediation at [one of the following:]

[Singapore Mediation Centre (“SMC”)]

[Singapore International Mediation Centre (“SIMC”)]

[any other recognized mediation institution to be identified], [delete as appropriate], in accordance with the SCMA AMA Protocol for the time being in force [refer to Schedule C]. Any settlement reached in the course of the mediation shall be referred to the Arbitral Tribunal appointed in accordance with the SCMA Rules and may be made

a consent Award on agreed terms. (SINGAPORE INTERNATIONAL MEDIATION CENTRE, *online*)

Conforme o protocolo e a cláusula escalonada, primeiro se inicia o procedimento arbitral, no qual haverá a tentativa de mediação na SIMC. A arbitragem será suspensa durante a duração da mediação, que não deve ultrapassar oito semanas, evitando a morosidade na resolução do conflito. O eventual resultado será levado à arbitragem formando uma sentença por consentimento. Havendo insucesso na mediação, segue-se com o procedimento arbitral.

Além das câmaras mencionadas, outras instituições especializadas adotam modelos de cláusula e procedimentos que viabilizam a cláusula escalonada, em especial, a med-arb, como *International Chamber of Commerce (ICC)*, *Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC)*, Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA), dentre outros.

7 Conclusão

O direito marítimo requer celeridade e eficiência, incompatíveis muitas vezes com o que encontramos na atividade jurisdicional, pouco especializada para tratar do mercado *shipping*.

Em virtude da frequência com a qual litigam em ações similares, é de se esperar que os players deste mercado de *shipping* acumulem *expertise* para melhor prever possíveis conflitos e assim estabelecer, já em suas *charter-parties*, modelos para a solução dos mesmos. Quando este instrumento prevê cláusula de afretamento que incorpore expressamente a cláusula compromissória, mediação, ou mesmo procedimento judicial as partes do contrato de transporte *a priori* se asseguram de seus interesses estarem estrategicamente protegidos por uma possível decisão mais célere e especializada, indispensáveis para o negócio marítimo.

Como dito, a arbitragem, usual no direito marítimo, vem cedendo espaço para a mediação e para as soluções multiportas, embora o poder vinculante da sentença arbitral ainda ser de extrema relevância.

Destarte, não raro, a cláusula escalonada prevê a possibilidade de mediação concomitante com a arbitragem e até mesmo o procedimento judicial.

A mediação no contexto do mercado de transporte marítimo, aplicada de maneira combinada com a arbitragem é meio eficaz e juridicamente seguro para a gestão de controvérsias e pode oferecer o melhor dos dois mundos à solução das controvérsias, produzindo efeitos jurídicos vinculativos em prol da solução que melhor atenda as reais necessidades e interesses das partes envolvidas.

A autonomia das vontades, exercida e transcrita na cláusula escalonada, seja ela relativa a duas ou mais possibilidades de métodos para dirimir conflitos

nos contratos de afretamento, vêm se demonstrando ser a escolha dos principais players envolvidos no mercado estudado, assim como também se apresenta como a base e inspiração principal os modelos de *charter parties* estudados.

Diante do cenário atual da economia mundial e aqui nos coube o estudo do mercado de transporte marítimo, como anteriormente citado, não há que se negar que as medidas alternativas para a resolução de conflitos pertinentes ao fretamento em muito se têm demonstrado como as escolhas mais eficientes e eficazes. Decisões emanadas de sujeito, turmas, e/ou entidades afetas ao tema a ser decidido tem se mostrado as mais aptas a satisfazer as partes envolvidas na demanda, tornando inclusive o mercado como um todo mais seguro e rentável.

The Scaled Clause in Charter Contracts and Charter Parties

Abstract: International Maritime Law includes rules, many of which are consolidated by repeated market practices. Among the charter contracts, one of the most used by the shipping industry, the provision of the arbitration clause always points to the possibility of expanding expenses, when presented to the need to resolve disputes. This article analyzes the scenario of the use of the arbitration clause in charter contracts using bibliographic research as a methodology, from the perspective of Comparative Law. In the course of the analysis, we will present the advantages and implications of using the scaled procedure instruments of extremely high values characteristic of Maritime Law.

Keywords: Chartering, arbitration clause. Scheduling. Maritime Law. Comparative Law.

Referências

BARIL, Mark Batson; DICKEY, Donald. *MED-ARB: The Best of Both Worlds or Just A Limited ADR Option?* Mediate, agosto de 2014.

BIMCO CLAUSES. Disponível em: <<https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/>>. Acesso em: 09 Ago. 2020.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BREWER, Thomas J., MILLS, R. *Combining Mediation and Arbitration*. Dispute Resolution Journal, v. 4, n. 54, pp. 32-39, 1999.

BERTOLDI, Marcelo M., *Acordo de Acionistas*, 1ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARMONA, Carlos A., *Arbitragem e Processo*. 3ª Ed., Ed. Atlas 2009.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de sociedades anônimas*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COOKE, Julian et al. *Voyage Charters*. London: Lloyd's of London Press Ltd, 1993.

DEASON, Ellen E. *Combinations of mediation and arbitration with the same neutral. A framework for judicial review*. Y.B. on arbitration and mediation, v. 5, 2013.

FERNANDES, Paulo Campos; LEITÃO, Walter de Sá. *Contratos de afretamento à luz dos Direitos Inglês e Brasileiro*. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

FRANZONI, Diego. *Arbitragem Societária* in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (Coord.). 1ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2015.

GILBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e Prática do Direito Marítimo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

LEVY, Fernanda Rocha Levy. *Cláusula Escalonada: Mediação Comercial no Contexto da Arbitragem*. São Paulo. Saraiva. 2013.

LONDON MARITIME ARBITRATORS ASSOCIATION. *Terms and Procedures*, 2017.

MARRELLA, Fabrizio. *Unity and Diversity in International Arbitration: The Case of Maritime Arbitration*. American University International Law Review, v. 20, n. 5, pp. 1055-1100, 2005.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *Curso de Direito Marítimo*. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Barueri, SP: Manole, 2008.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *Curso de Direito Marítimo, volume III: contratos e processos*. Barueri, SP: Manole, 2015.

MENON, Sundaresh. *The Future of Maritime Dispute Resolution*. Singapore Chamber of Maritime Arbitration Annual Conference 2015, 23 de outubro de 2015.

OWEN, David; PARRY, Angharad. *The Go-Between: resolving disputes in uncertain times. A mediator's perspective*. Arbitration classics, Twenty Essex, boletim, maio de 2020. Disponível em: <https://www.scma.org.sg/SiteFolders/scma/387/Articles/Arbitration-classics_The-Go-Between.pdf>. Acesso em: 09 Ago. 2020.

SINGAPORE INTERNATIONAL MEDIATION CENTRE. *SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocol* [20-?]. Disponível em: <<http://simc.com.sg/v2/wp-content/uploads/2019/03/SIAC-SIMC-AMA-Protocol.pdf>>. Acesso em: 09 Ago 2020.

SOCIETY OF MARITIME ARBITRATION (SMA). *Maritimme and commercial dispute resolution*. 8 edition. NY: SMA, fev. de 2020.

TEH, Lawrence. *Mediation of maritime disputes aided by Singapore Convention. Best Lawyers*. Publicado em 24 de set. de 2019. Disponível em: <<https://www.bestlawyers.com/article/mediation-of-maritime-disputes-aided-by-singa/2641>>. Acesso em: 09 Ago 2020

TOMMY THOMAS. *Implications of COVID-19 on shipping contracts. Time and voyage charterparties*. Tommy Thomas Series. Malaysian MCO, parte 3, 01 maio de 2020. Disponível em: <https://www.scma.org.sg/SiteFolders/scma/387/Articles/TOMMYTHOMAS_IMPLICATIONS%20OF%20COVID-19%20ON%20SHIPPING%20CONTRACTS_TIME%20AND%20VOYAGE%20CHARTERPARTIES.pdf>. Acesso em: 09 Ago 2020.

YANG, Julia Y. *Lessons from the South China sea ruling. Med-arb as the recommended dispute resolutin method for Asia'a maritime disputes under UNCLOS*, pp. 783-808. In: Cardozo Journal of Conflict Resolution, Benjamin N. Cardozo School of Law, v. 19, 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PAIVA, Marcella; GUIMARÃES, Marcello; PAUSEIRO, Sérgio Gustavo de Mattos. A cláusula escalonada nos contratos de afretamento e nas *charter-parties*. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 02, n. 04, p. 83-101, jul./dez. 2020.

Multi-door Mediation:¹ Processo Composto de Resolução de Conflitos

Maria de Nazareth Serpa²

International Scholar, Faculdade de Direito, University of Miami e Profa. Aposentada, Pós-Graduação, Faculdade de Direito, PUC-MG. Mestre e Doutor em Direito Civil e Processual Civil e autora dos primeiros livros na língua portuguesa sobre ADR e Mediação. Professora Honorária da Faculdade de Direito da Academia Financeira e Jurídica de Moscou (MFUA) – Rússia e Professora Adjunto da Flórida International University, Miami.

Resumo: Este trabalho intenta demonstrar a validade da inserção de processos de ADR, adversariais ou não, com ou sem caráter vinculante, na qualidade de auxiliares do processo de mediação, mantendo a construção da mediação pautada em princípios como forma judiciosa de resolução de conflitos, com suas vantagens e benefícios enquanto a favorece com soluções facilitativas alheias obtidas através da autonomia teórico-técnica daqueles processos, ainda que se consubstanciem em princípios diametralmente opostos aos da mediação.

Palavras-chave: Mediação. *Principled Mediation*. Mediação Multiportas. Processo de Mediação Composto.

Sumário: **1** Introdução – **2** Retrospectiva – **3** O que é *Principled Mediation* – **4** *Multi-door mediation* – **5** Por que processos acessórios? – **6** Por que manter a mediação como processo principal e não passar para outros? – **7** Processos qualificados para compor um processo de mediação – **8** Vantagens e desvantagens – **9** Considerações finais – Referências

1 Introdução

O programa de Harvard sobre Negociação foi um marco decisório no mundo teórico e prático da *Alternative Dispute Resolution* (ADR). O conceito de *multi-door courthouse*, elaborado pelo Professor Frank Sander, literalmente multiplicou os caminhos pelos quais as disputas podem ser atendidas e resolvidas. Suas vantagens de poder optar por formas diferentes, com técnicas alheias ao tradicional

¹ *Multi-door mediation* é uma expressão inédita oriunda por analogia à *multi-door courthouse*, usada originalmente pelo Programa de Negociação na Universidade de Harvard pelo Prof. Frank Sander e sua equipe.

² A expertise e experiência do árbitro e mediador internacional Paul Eric Mason foi de suma importância para a pesquisa de campo computada neste trabalho. Este artigo não teria sido formalizado sem a inestimável ajuda do advogado arbitralista Franco Gevaerd de Curitiba. Registro aqui meus agradecimentos a estes dois profissionais.

processo judicial, representou a abertura de uma nova realidade para a harmonização de polarizações no conceito de justiça.

A expressão *multi-door courthouse* tem norteado os estudos e as pesquisas de várias formas resolutivas. Mostrou o caminho da consideração de diferentes opções para além dos limites legais assentados nas tradicionais salas de litígio como única forma de resolver conflitos.

Uma dessas formas é a mediação.³ Analogamente, a mediação em si, como desenvolvida hoje pode ser suplementada com vários outros processos. Neste sentido, podemos considerar a utilização do termo *multi-door mediation*. Em poucas palavras, refere-se a uma simples mediação combinada com outros determinados processos. O propósito deste artigo é explicar porque essa prática pode ser útil, como ela funciona, e como pode abrir mais opções para as partes selecionarem a fim de avançar suas mediações.

2 Retrospectiva

Desde seus primeiros passos, tenho acompanhado a trajetória da mediação no mundo. Mais atentamente, o surgimento e desenvolvimento no Brasil, ao longo dos últimos 25 anos. Tenho observado suas tendências, sua aplicação prática e estudos teóricos em seus aspectos positivos e também em seus desvios.

First things first

Na década de 1970 não se tinha notícia de movimentos pró ADR no Brasil. Os escritórios de advocacia, grandes ou pequenos viviam a prática tradicional da advocacia resguardada por direitos, leis, jurisprudência e estudos doutrinários – tudo embalado em processos judiciais.

Sequer poder-se-ia afirmar que se arriscavam iniciativas negociais nos litígios apresentados para resolução em escritórios advocatícios. Entendia-se que os conflitos, de um modo geral, envolviam apenas direitos e leis. O direito civil norteava os caminhos e as decisões entre particulares e o direito comercial era o parâmetro para relações envolvendo compra e venda e outros aspetos negociais-comerciais.

Todavia, nossa prática advocatícia vivia momentos velados e empíricos com um comportamento nada ortodoxo. O levantamento e troca de interesses como fórmula para resolver conflitos viviam momentos isolados, e se desenvolviam de maneira totalmente empírica. Mas a prática se revelou eficaz na derrubada de posições antagônicas de disputantes, considerado o ponto crítico da lide negocial.

³ Especificamente neste artigo, quando nos referimos a mediação, estamos nos referindo a *principled mediation* (mediação baseada em determinados princípios). Tal forma de mediação será explicada na seção III deste artigo.

A iniciativa baseava-se na premissa de que “existem negócios que não são feitos porque não são propostos”, o que posteriormente se revelou um risco que dera certo. Apesar de não contar com qualquer denominação ou suporte jurídico-legal e/ou doutrinário na época, a prática demonstrou ser de grande eficácia.

Na busca de suporte técnico para a atuação, baseamo-nos em respostas obtidas em uma pesquisa onde se observava o fluxo das decisões judiciais nos processos contenciosos em questões cíveis, cujo resultado demonstrou que um ínfimo percentual chegava à segunda instância. A maioria resolvia-se por acordos ou por desistência.

Incentivada pelo resultado da pesquisa, principiou-se uma iniciativa que visava elaborar instrumentos para facilitar o trabalho negocial das partes, com ajuda dos advogados. Tratava-se de uma iniciativa advocatícia onde partes, candidatas a uma negociação aceitavam, voluntariamente, a proposta de elaboração de um triplo dossiê (legal, social e psicológico) envolvendo um psicólogo, um assistente social e um advogado, com o fito de nortear e facilitar o entabulamento de um acordo negociado, sob a supervisão do profissional de direito. O processo de negociação inicialmente simples (circundado apenas pelas partes e seus advogados) passava a contar com a ajuda de outros profissionais, dando origem a um processo composto.

Os dossiês eram passados às partes. E a negociação se dava em torno da aceitação ou ponderação dos resultados sob a supervisão do advogado. A maioria das reuniões resultava em acordo, às vezes em torno da totalidade das questões arguidas, ora de parte delas. Mas havia um percentual pequeno de insucesso, o que, de certa forma, validou a iniciativa da coleta de informações para a negociação.

Incentivada pelo sucesso de casos resolvidos, já na década de 1980, escrevamos uma monografia que reputo como nossa primeira tentativa de desenhar um processo resolutivo de conflitos ao largo das disputas judiciais ou lutas por direitos com o auxílio de outras práticas.

Uma instituição inglesa lançou, na época, uma competição global, solicitando de estudiosos do conflito, em qualquer área do conhecimento, trabalhos individuais sobre formas inéditas de resolução de conflitos. Naquele momento já eram consideradas, nos Estados Unidos, 64 formas denominadas alternativas ao judiciário.⁴ Mas o campo continuava e continua aberto para novas propostas.

O processo não tinha qualquer denominação nem possuía uma estrutura elaborada. A ideia era enviar o trabalho para a competição internacional inglesa

⁴ Ver por exemplo a pesquisa “Alternatives to Litigation: Do They Have a Place in the Federal District Courts?” U.S. Federal Judicial Center, 1995, disponível na página <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/altlitig.pdf>

mencionada. Em vez disso foi, mais tarde, publicado como reflexão na forma de artigo no *Caderno de Estudos Jurídicos* da Faculdade de Direito de Universidade Católica de Minas Gerais, No. 2, 1993.

A partir daí os estudos embrionários de um processo resolutivo de conflitos, de forma não adversarial, recebeu a influência do termo “mediação” que inclusive foi adicionado ao artigo acima mencionado. Os estudos do processo composto de diferentes enfoques foram abandonados em detrimento da mediação como era estudada nos Estados Unidos E aqui ocorreu o ponto de bifurcação entre os estudos da mediação considerada em sentido amplo, para a mediação baseada em princípios, em sentido estrito.

Um trabalho de pesquisa desta autora desenvolvida nos Estados Unidos por dois anos (1995 – 1997) na Universidade de Miami, Harvard, Nova e outras, bem como na Suprema Corte do Estado da Flórida, deu origem a tese de doutoramento com título *Mediação, Solução Judiciosa para Conflitos*. Essa tese representou a amálgama dos estudos empíricos desenvolvidos no Brasil e a teoria de mediação já vigente nos Estados Unidos.

Em seguida, a tese foi transformada em 1999 nas duas primeiras publicações sobre mediação na língua portuguesa.⁵ Em seguimento pode-se assistir o florescimento do estudo da mediação no Brasil e surgimento de novas publicações sobre a matéria. As duas primeiras publicações foram consolidadas e atualizadas num só volume em 2018.⁶

Dificuldades e desvios

Entretanto, as dificuldades culturais de implantação da mediação no Brasil são compreensíveis se levarmos em conta o perfil de delegador do disputante brasileiro e a tradição da prerrogativa do Estado como o único elemento capaz de dirimir disputas.

Além disso, a educação propiciada pelas faculdades de direito, com sua estrutura voltada para a polarização, contribuiu para a relutância de usuários e mesmo de profissionais de resolução de conflitos na aceitação dos processos privados, notadamente da mediação.

Como agravante, a resistência de advogados e mesmo da OAB face ao desconhecimento da matéria, criou o equivocado entendimento de que a mediação competiria com advocacia.

⁵ *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*, Maria de Nazareth Serpa, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999 e *Mediação de Família*, Maria de Nazareth Serpa, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1999.

⁶ *Mediação – Uma Solução Judiciosa Para Conflitos*, Maria de Nazareth Serpa, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2018.

Em 2015, por ocasião da Lei de Mediação, alimentou-se a ilusão de que finalmente contaríamos com uma uniformidade tanto no estudo quanto na prática de mediação. Mas a realidade foi que a Lei, confundindo neutralidade com imparcialidade, autodeterminação com autonomia da vontade, entre outros desvios, provocou grandes descaminhos para o instituto. Além de outras considerações, houve uma flagrante mutilação da mediação baseada em princípios.

Mas na continuação, destarte toda a precariedade de pavimentação da mediação no Brasil, o que mais afetou a sua teoria e provocou as dificuldades de implementação, tanto nas lides judiciais quanto nas privadas, foi o que, por outro lado, incentivou a criatividade daqueles que se negaram a abrir mão dos seus benefícios.

Para gáudio da mediação, alguns estudiosos e praticantes escaparam do discurso na fábula de Esopo, a raposa e as uvas. Ao invés de dizer, “estão verdes”, porque não as posso alcançar, diferentes da raposa preferiram buscar recursos para chegar ao bem já vislumbrado e almejado.

As dificuldades detectáveis, que aparentemente desvirtuaram a mediação baseada em princípios colocando em descrédito todo o instituto, foram desvios diferenciados quando observados em diferentes ambientes. Tanto na arena judicial quanto no ambiente privado podem-se observar algumas saídas criativas, próprias do espírito imediatista brasileiro.

Essa é uma particularidade nacional brasileira onde o famoso *jeito* no entender do Professor Keith Rosenn, em seu livro,⁷ tem suas vantagens, mas também desvantagens. Nada a criticar a não ser a percepção do afastamento da clássica e irremovível roupagem da mediação *stricto sensu* enquanto processo judicioso. Assim considerado, a vontade das partes só poderá ser limitada pelos seus próprios interesses e não por leis ou ajustes jurídicos que mais apropriados estariam nos conceitos de outros processos resolutivos de disputas primários ou secundários.

O que fazer, então? Destituir o valor de tais práticas, lutar contra o fluxo cultural natural ou redirecioná-las para seu devido compartimento dentre os processos resolutivos?

Felizmente, passadas algumas décadas, o cenário da ADR começa a se desanuviar.

A matéria é hoje obrigatória nas Faculdades de Direito, os cursos de pós-graduação apresentam conteúdo inclusive de gestão de conflitos.

⁷ *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira*, por Prof. Keith Rosenn da Universidade de Miami, Flórida Faculdade de Direito, Editora Renovar, Rio de Janeiro 1998.

A OAB já há alguns anos capitulou ante o vigor do movimento pró-formas resolutivas não adversárias e advogados, a princípio relutantes, já se enfronham em acatar o inevitável, outras formas de evitar o embate judiciário, considerando, arbitragem, mediação. Mas atualmente existem inúmeros processos ainda pouco divulgados no Brasil como, *Dispute Review Board* (DRB), *Dispute Adjudication Board* (DAB), *fact finding*, *facilitation*, e outros.

Mas a mediação, a menina dos olhos da ADR, foi naturalmente sendo adaptada às circunstâncias do ambiente onde era aplicada. E diríamos, que a criatividade impediu que todos os benefícios da ADR fossem desperdiçados.

A mediação judicial, por força de circunstâncias somente previsíveis por experiência ainda é limitada no trato com a mediação. Mediar e conciliar, a despeito de terem propósitos semelhantes, não se identificam. E o que se vê, com compreensíveis justificativas é a mediação ser transformada em “conciliação”.

O antigo instituto, inserido no Código de Processo Civil brasileiro como antessala de julgamento, ressurgia como inspiração vinda do trabalho de convencimento executado pelo juiz, agora desempenhado por um profissional sem toga chamado mediador judicial. Por outro lado, advogados assumiram o protagonismo do processo em detrimento da autoridade das partes e o papel do mediador, em muitos casos, foi minimizado.

Explicações não faltaram.

- em primeiro lugar, pelo exíguo tempo que previne a construção de confiabilidade no mediador e a disposição de ouvir e acatar a exposição de motivos e razões recíprocas, menos ainda criar espaço para exposição psicológica.
- segundo, pela lide com profissionais formados com hipotéticos pressupostos de proficiência, mas que diante das intrincadas dificuldades de aplicação adequada de técnicas mediadoras talhadas para permitir a capitulação de posições, demonstraram fragilidade. Posições são construídas durante anos e demoli-las é uma tarefa desafiadora que a mediação tem por mister enfrentar e que exige maestria e experiência.
- em terceiro lugar, a perda de participação efetiva do mediador na administração do processo.
- finalmente, mas não ao cabo, a perda da autoridade e protagonismo das partes para advogados que, ainda não estavam suficientemente preparados para limitar-se a proteger direitos individuais e confiantes em ajudá-las a lidar com interesses ilimitados em detrimento da segurança das restrições legais e jurídicas.

Na prática privada, os agentes ficaram à mercê de uma flexibilidade entendida como tudo pode e todos podem. Qualquer pessoa poderia atuar como mediadora ou mediador na chamada mediação privada.

A formação de mediadores, profissão legitimada pela Lei de Mediação, ficou à mercê de ilimitada informalidade. Superestimou-se o conhecimento jurídico em detrimento do conhecimento em ADR, e sobretudo a singular importância do conhecimento subjetivo dos mediadores para o qual algumas faculdades de direito no Brasil ainda estão se preparando para oferecer e que cursos de curta duração não podem propiciar.

Em compensação as mediações denominadas privadas pela Lei de Mediação brasileira, carentes de material objetivo de trabalho e atuação, começaram a vislumbrar caminhos mais vigorosos.

Apesar de existirem poucos escritórios de advocacia que adotam e se utilizam da mediação como carro mestre resolutivo de disputas, encontramos alguns que criaram práticas programadas onde existe a possibilidade de transposição do processo de mediação, tido como inicial, para outras formas resolutivas que restrinjam o poder das partes e mesmo a neutralidade do mediador.

Mas como mencionado, o que foi possível observar foi que existe uma transposição da mediação para processos de conciliação, adjudicação, ou mesmo arbitragem, aos moldes do análogo procedimento previsto pelas cláusulas contratuais escalonadas Med/Arb ou Arb/Med. Quando um não cumpre seu papel o outro é adotado, termina um e começa o outro. Dificilmente assistimos o retorno para a mediação principal.

Nossa proposta é a conservação da *principled mediation* como um processo consistente capaz de acatar outros processos no seu bojo resolutivo conservando seus princípios e sua integridade processual.

Mas quem atuou ou atua em mediações reconhece a dificuldade de se desenvolver e manter longe do impasse um processo de mediação nos moldes restritos por princípios da mediação. Sabe o quanto é difícil resistir à tentação de dar consultoria e abandonar parâmetros do processo mediado sem migrar para outros processos, normalmente mais estruturados.

Também se sabe quão nova é a ideia da autoridade das partes perante seus conflitos, sem falar dos aspectos técnicos de uma disputa. Não se discute considerar que partes em litígio ainda não estão plenamente preparadas ou confiantes para exercer as prerrogativas do poder decisório pleno dentro do processo. Não raramente são compelidas e clamam por soluções, presumidamente favoráveis a seus interesses, fora do seu espaço pessoal. Mesmo assim sentem-se em desvantagem ao abrir mão da sua autoridade.

A prática da autoridade das partes perante seus próprios caminhos resolutivos ainda percorre um longo caminho cultural, mas já é reconhecida e praticada, mesmo com limites, pela mediação.

Com todas essas dificuldades a criatividade brasileira originou saídas oportunas na atividade de alguns mediadores.

Dentre eles já existem aqueles que aceitam e até mesmo adotam a inserção de algumas diligências extras num processo de mediação em curso. Já vivenciaram a necessidade da medida e a validade de manter vivo o processo mediador com sua estrutura de princípios temporariamente nos bastidores. Contudo, resguarda a mediação no seu todo como o genitor que dá liberdade a seu filho, mas ao mesmo tempo supervisiona e protege sua área de ação, sem abandoná-lo.

Esses profissionais puderam selecionar técnicos ou profissionais de várias áreas do conhecimento, afeitos a outros processos resolutivos que foram cruciais no auxílio de tomada de decisões dentro do processo de mediação. Por outro lado, com nomes glamorosos, vimos surgir estudos como Práticas Colaborativas, e outros que não foram computados neste trabalho pela especificidade do processo composto de mediação que tem seu nascedouro na *Principled Mediation*.

3 O que é *Principled Mediation*

Já é muito conhecido, na esfera da ADR, a denominada *Principled Negotiation* oriunda da teoria da negociação estudada e divulgada pelos programas de ADR de Harvard, publicadas em primeira mão no livro *Getting to Yes* por Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton (1981, 1991). A *Principled Negotiation* é uma negociação direta cujos princípios assentaram as bases de uma negociação assistida:

- Separar as pessoas do problema
- Concentrar nos interesses, não nas posições
- Gerar opções para ganhos mútuos
- Insistir em usar critérios objetivos ou analogia, entende-se a *Principled Mediation* como um processo também baseado em princípios próprios, a saber:
 1. Neutralidade do mediador
 2. Autoridade das partes
 3. Imparcialidade do mediador
 4. Processo privado
 5. Voluntariedade
 6. Confidencialidade e confiança
 7. Flexibilidade
 8. Não adversariedade

Estes princípios compõem a definição de mediação propriamente dita como:

Um processo *privado* (envolvendo particulares), *não adversarial* (sem polarização de posições) *voluntário* (baseado na vontade das partes), *flexível* (não obedece a qualquer estrutura normativa), *confidencial* (relativa aos fatos, ocorrências e conteúdo do conflito ou disputa), *conduzido por um terceiro neutro mediador* (sem interferência no mérito das questões discutidas), *imparcial* (sem interesse em favorecer qualquer das partes), protetor do processo, mediante *autodeterminação das partes* (autoridade decisória baseada em interesses), que auxilia pessoas ou grupos de pessoas a resolver conflitos e/ou solucionar disputas.

Convém enfatizar para maior acuidade no entendimento do princípio da autoridade das partes (autodeterminação) que, em última análise essa autoridade se consubstancia na possibilidade de negar ou aceitar qualquer proposta, ou condições apresentadas antes, durante ou até o termo da mediação. Mesmo que eventuais propostas possam receber adjetivação negativa, se passadas pela aprovação ou aceitação das partes, não significa o ataque ou desconsideração do princípio.

Antes de a mediação ser considerada, o que se valorizava ao se falar em resolução de disputas é o que hoje jocosamente se chama de advocatícia *pitbull* baseada em sustentação vigorosa de posições baseadas em estruturas onde as partes, ao entrarem num processo resolutivo, abdicam de sua autoridade decisória e perdem o controle da disputa e até aceitam a possibilidade de capitular quanto ao mérito do litígio. Em suma, numa postura diametralmente oposta à *principled negotiation* e por consequência à *principled mediation* que tem como seu principal trunfo o enaltecimento e acato absoluto da autoridade da parte, respeitada, inclusive pelo mediador.

E é essa neutralidade, evidenciada como o outro princípio que diferencia a mediação de todos os outros processos resolutivos de conflitos ou disputas.

Verifica-se então que, se por um lado esses princípios erguem o processo de mediação que por razões sobejamente explanadas é o processo resolutivo judicioso, não se pode desconsiderar que existem circunstâncias em que eles podem ser atacados, não por força do processo mas por circunstâncias que envolvem as próprias partes ou características do próprio conflito.

A *principled mediation* foi o resultado de um longo estudo sobre resolução de conflitos nos Estados Unidos, conduzida nos anos 90 por esta autora. Esse trabalho evidenciou que, em tese, a mediação pode ser utilizada para solucionar qualquer disputa, por qualquer parte. Seus princípios resguardam, como nenhum outro processo a liberdade de ação dos disputantes. Contudo, sua utilização ao longo da prática, demonstrou que nem todas as partes estão preparadas para mediar, e nem todos os conflitos podem ser mediados, seja por posições subjetivas ou mesmo objetivas.

Se subjetivas e adentram no terreno das ideias definidas, geram posições irremovíveis postadas em conceitos de religião, política e outros. Diante desses conflitos de interesse as partes se imobilizam para qualquer gesto pró-negociação. Somente uma decisão pronta, fora do contexto mediador pode dissolver o conflito. Neste caso as partes perdem seu poder decisório.

Nas posições objetivas, por sua vez, as disputas envolvem questões que simplesmente fogem ao domínio das partes, o que não significa que elas queiram ou tenham de abandonar todo o processo de mediação.

Abandonar não, mas sim reconhecer que precisam de algum suporte técnico, científico, etc., de suficiência para sustentarem o domínio da disputa.

Na busca desse suporte as partes delegam autoridade, não para decidir sobre as questões, mas para serem municiadas com informação que preencha o hiato no seu campo de conhecimento. Esse conhecimento é que permite liberdade de ponderação e ação no momento de decidir. Legitima questões e enriquece a autoridade.

Essa legitimidade persevera até quando uma decisão oriunda de um processo adversarial é acatado pelas partes.

Entende-se então que o ato de delegar a autoridade não significa abrir mão do poder decisório. A própria delegação da autoridade é, na mediação, exercício de autoridade.

Respeitando os princípios da *principled mediation*, a identificação do momento e do objeto da delegação de autoridade, bem como a preparação das partes para esses incidentes, faz parte das atribuições do mediador como administrador do processo. Em suas mãos está a continuidade da dinâmica resolutiva ou o impasse.

Mas a prática da mediação também já indicou que existem disputas que não podem permanecer somente sob a égide da autoridade das partes e sem isso não existe mediação.

A opção pela autodeterminação contrariou a cultura da delegação de resolução de disputas para o Estado, mas admitiu essa delegação para processos privados até para aqueles que tenham caráter vinculante.

É sabido também que a mediação não é um processo vinculante e que não se sustenta em provas e depoimentos a exemplo do processo judicial e outros processos adversariais. Mas de conformidade com o princípio de voluntariedade e aceitação das partes, comporta conclusões fornecidas por processos auxiliares para tomada de decisões desde que contratadas pelas partes que de antemão aceitam os resultados como consultas ou até como sentenças.

Nesse momento impera a autonomia da vontade das partes, um acordo de procedimento e aceitação específica dentro da mediação. Essas respostas,

contudo, só terão caráter vinculante dentro da mediação mediante prévia e conjunta decisão ou aceitação das partes.

Como

Identificado o problema, encontrada a solução no ato de delegar autoridade, resta saber como.

Para resolver questões técnicas, fornecer esclarecimentos, informações e até mesmo laudo, existem, em número cada vez maior, processos que oferecem serviços cada vez mais diferenciados. São processos que, por dever de proposta e de expertise, buscam mérito conclusivo, seja para elucidar a respeito de quantidade, valor, qualidade e mesmo validade nas questões. Dentre eles encontram-se, inclusive, uma gama de processos adversariais.

A função primordial desses processos é a consecução de conclusões oriundas de suas especialidades. Podem expressar imperativos categóricos, sejam substantivos ou processuais, que podem ser acatados como soluções prontas mediante contratos.

Como

Diante da impropriedade de macular ou diminuir seus princípios, partimos para buscar as possibilidades teóricas de ampliar o escopo da mediação no sentido de comportar no seu caminho de resolução de disputas mediadas que ampliassem o poder resolutivo para a disputa - sem eliminar ou mutilar qualquer de seus princípios.

A ideia mais satisfatória apresentou-se na abertura da *principled mediation* para que novos princípios, técnicas e procedimentos, encerrados em outros processos fossem convidados e pudessem atuar junto às questões conflituosas da mediação sem interferir na atuação das partes ou do mediador. Esses convidados entrariam com suas próprias compostura, mas teriam hora para sair.

Seu desempenho seria como se tivesse como alvo somente um elemento da *principled mediation*, a disputa concentrada em questão ou questões definidas.

Em outras palavras ocorreria o fracionamento da continuidade do processo para inserção de novas possibilidades de resolução longe dos outros elementos da mediação, o mediador e as partes.

Todas essas intervenções ocorrem como um artifício mecânico de abertura de espaço temporário para que o entendimento de determinadas questões em discussão receba um tratamento fora do contexto em curso de forma oblíqua e tangente e retornem como peças informativas e deliberativas a serem acatadas voluntariamente pelas partes.

Finalmente, uma criação técnica que permitisse focar a mediação de forma “composta”, com outros elementos fora do escopo da “mediação simples”, integrantes de outros processos adiante definidos.

Em primeiro lugar

Para que isso ocorra, não como ampliação das técnicas do processo de mediação, mas como acato, de forma autônoma mas adjunta ao processo de mediação, da integra de outros processos resolutivos com suas técnicas, princípios, elementos, etc.

Dessa forma estaria sendo respeitado o conteúdo e a continuidade da *principled mediation* e ocorreria uma ampliação dos recursos resolutivos para a disputa.

4 Multi-door mediation

Multi-door mediation (mediação multiportas) é então entendida como o processo baseado em princípios mas aberto para utilização de outros processos resolutivos com suas teoria próprias os quais, por sua expertise, possam juntar-se, como processos auxiliares a um processo mediado para contribuir com soluções de questões pontuais extraídas de uma disputa quando as respostas estejam fora da capacidade das partes ou mesmo do mediador.

Para melhor entendimento da proposta de *multi-door mediation*, consideramos importante a classificação de mediação em:

Mediação simples

Mediação simples é aquela que comporta os elementos básicos para o processo, quais sejam as partes, sua disputa, e o mediador. Desenvolve-se com as técnicas e ferramentas próprias encerradas nos princípios elaborados acima. Não comporta interferência, seja não adversarial ou adversarial, de qualquer outro processo alternativo de solução de disputas.

Mediação composta

Por sua vez, a mediação composta permanece circunscrita em princípios e, mesmo mantendo sua estrutura não adversarial, acata outros meios, aqui denominados processos auxiliares, no seu bojo resolutivo.

Esses meios podem ser:

Processos oblíquos ou paralelos

Estes meios constituem-se em processos auxiliares oblíquos ou paralelos, que tenham por função desatar incongruências expostas no processo principal. Esses processos não modificam as características do processo principal nem

perdem suas características próprias. Objetivam fornecer informações e soluções que possam preencher as lacunas de conhecimento e capacidade das partes normalmente apartados das do mediador, relativas a conflitos integrantes do complexo da disputa.

Esses processos têm a função de fornecer documentos adjetivadores para as questões sob sua incumbência, nas formas variadas e adequadas de dossiês, relatórios, laudos, sentenças arbitrais, pareceres, diagnósticos, avaliações, conformações, fotos, etc. que funcionem como critérios para decisões dentro do processo de mediação.

Entretanto, esses documentos, são tacitamente acatados pelas partes não como provas com força imperativa, mas como esclarecimentos solicitados pelas partes para auxiliar suas decisões. Entretanto, determinados resultados como laudos arbitrais, são previamente considerados pelas partes.

Processos integrantes da mediação composta: processos paralelos e processos oblíquos

Diz-se “paralelos” quando acontecem simultaneamente, acompanham o processo principal, e resolvem questões diferentes das em andamento no processo principal. Também se diz “paralelos” porque determinadas diligências executadas por profissionais fora do processo de mediação, buscam esclarecimentos, confirmações, indicações, e informações relativas a determinadas questões que compõem as disputas mediadas, que fogem da esfera de conhecimento e domínio, tanto das partes quanto do próprio mediador.

Os processos oblíquos, aqui entendido, são aqueles que nascem dentro de um processo primário, principal, assumem seus próprios princípios e procedimentos, e em cumprindo seu propósito, retornam na forma de soluções que deverão ser acatadas pelas partes. Processos oblíquos se inserem no bojo do processo linear sem macular o andamento do processo principal.

Expusemos acima que, a rigor, tratam-se de processos secundários, auxiliares e podem ser denominados oblíquos não porque sejam sub-reptícios ou contrariem os princípios da mediação, mas porque se apresentam como um jeito acessório, artificial para ser utilizado pela mediação.

Por que complementar uma mediação simples?

Quando uma mediação evolve dentro de seus parâmetros de pacificação e harmonização de questões conflituosas, propostos pelo processo cria uma atmosfera de confiança e conforto entre as partes. Essa atmosfera tem o condão de propiciar disposição para a consideração e mesmo reconhecimento de legitimidade nas demandas. A conservação desse clima é primordial para possibilitar

a negociação mediada, inclusive a definição e indicação a respeito de eventuais processos complementares.

O mediador Constantin-Adi Gavrilă (Craiova Mediation Center, na Romênia) chama isso “a mágica que o mediador pode fazer”⁸ como sua função principal. Sem os efeitos dessa mágica é muito difícil ter bom êxito e levar adiante a construção de um entendimento e possível acordo.

A mediação simples, para tomá-la como ponto de partida, é o espaço apropriado para a construção de um campo de trabalho que comporte acidentes construtivos na figura de processos auxiliares, e não uma arena de luta.

Digamos, esse campo significa o corpo que sustém todos os *órgãos* representativos de questões conflitantes dentro de um só contexto vital. Campo este que é uma unidade resolutive, oxigenada o suficiente para propiciar e permitir que cada um dos conflitos seja identificado e solucionado de forma cooperativa, como tarefa comum.

Isso é o que chamamos de sustentáculo da dinâmica resolutive da mediação pautada na autoridade das partes e na neutralidade do mediador. Isso somente é possível dentro do clima acima descrito.

Porque processos fora do contexto da mediação

Mas, mesmo dentro dessa atmosfera de confiança da mediação é comum deparar-se em sessões de mediação em curso com emergências que fogem à capacidade das partes para proferir decisões, gerando um desequilíbrio na sua autoridade.

Normalmente são questões complementares de mérito já decididos, como estimativas, dimensionamento, falta de dados, discordância em avaliações fornecidas por um só lado, históricos reveladores, importâncias pessoais, ou mesmo indicativos legais e tantas outras.

Não raramente a falta dessas respostas leva ao impasse numa mediação. E na melhor das hipóteses, prolonga o tempo das sessões com discussões redundantes que ainda podem provocar , agravamento de estados emocionais, etc., e novas discussões.

A chamada de processos auxiliares para complementar o processo principal de mediação justifica-se pela interrupção de uma linha de raciocínio circunscrita ao universo das partes e do mediador, como atalhos para a mesma rota

Esse escape para esclarecimento pautado em critérios objetivos e imparciais é um sustentáculo para a integridade do processo de mediação baseado em

⁸ Adi-Gavrilă, Constantin. What kind of Mediaton magic can a mediator do. Kluwer Mediation Blog, Set, 14 2020, ver www.mediationblog.kluwerarbitration.com/2020/09/14/mediator-magic/

princípios. O abandono desses princípios em troca por outro processo tem sido considerado e usado com bons resultados, mas pode redundar no retrocesso ao conflito e incrementar a disputa quando destituídos da atmosfera não adversarial da opção e não da alternativa de resolução.

A dinâmica da mediação pautada nos parâmetros acima mencionados é onde o curso resolutivo se desenvolve. Sem ela a mediação não existe.

Mas, há que se considerar o dito popular: o diabo se esconde no pormenor. Os incidentes no percurso nem sempre podem ser evitados e por menores que sejam podem ameaçar o sucesso de uma mediação no seu todo. E esse é o momento onde o recurso do olhar momentâneo para fora do processo pode impedir a escalada de resistência das partes para a tomada de consciência de verdades ainda fora de seu domínio.

Os processos auxiliares vêm ao encontro desses olhares como socorro elucidativo, contributivo e preventivo de eventuais impasses. Também redireciona as questões de forma a mostrar diferentes ângulos ainda não explorados pelas partes.

A juntada de outros processos busca trazer dados ainda não computados e novo arrazoado para compor o todo resolutivo. Evita assim o desgaste da repetição dos mesmos argumentos, o que desarma e permite fluidez para o andamento do processo de mediação.

Faz parte do cotidiano da mediação o revezamento, combinação e consideração de inúmeras técnicas chamadas de ferramentas, oriunda de diferentes disciplinas no seu corpo processual. Mas não é de técnicas ou ferramentas da mediação que estamos nos referindo. Aqui se quer valorizar a efetividade de outros processos resolutivos, chamados para cooperar como partes do todo de uma mediação de forma independente e autônoma.

Na prática isso ocorre quando se acata e se insere no processo de mediação simples outros processos resolutivos. Esses processos atuam conservando suas técnicas próprias para obter e trabalhar informações com o fito de fornecê-las para interessados integrantes de um processo de mediação, antes, durante ou com fito conclusivo. As informações podem ser dados, pareceres, laudos e dossiês, etc. a serem apresentados como respostas oportunas consideradas soluções parciais dentro do percurso mediador.

5 Por que processos acessórios?

A mediação é uma via asfaltada sem sinalização onde trafegam litigantes, negociadores e pré-litigantes com o olhar fixo numa direção única, a resolução de um entrave mediante consideração e tratamento de interesses.

Nessa estrada singular existe apenas um liame – um fator subjetivo, a credibilidade e confiança no caminho oferecido refletidas na figura do profissional neutro que tem, por força dessa velada autoridade a função, dentre outras de um sinalizador de momentos onde oportunos atalhos podem ser considerados.

Para considerar a inserção de processos auxiliares na mediação tanto o mediador quanto as partes emprestam suas prerrogativas, passando o bastão de protetor do processo no caso do mediador e transferência de autoridade no caso das partes.

O ritmo e o compasso são articulados pelo agente sinalizador, mas os recursos, por não virem do arsenal das partes, têm de ser adquiridos fora dos limites da estrada.

O percurso na pavimentada via é norteado pelo agente mediador mas em razão da disparidade de condições objetivas e subjetivas dos viajantes nem sempre são acompanhados pelos caminhantes de forma igual. E as paradas são inevitáveis, seja por razões triviais de acomodação ou desconforto, na forma de falta de entendimento, reconhecimento e aceitação de arrazoados ou exposição de motivos apresentadas pela outra parte, seja pela necessidade de esclarecimento técnico, as interrupções no trajeto informal da mediação. Acidentes esses que conclamam o abastecimento de nutrientes capazes de restaurar o vigor das partes na caminhada rumo a satisfação de seus interesses.

E a forma do acato é que determinará a continuação ou estagnação da jornada pela estrada oferecida pelo condutor. A recepção da sinalização dá-se em razão da confiabilidade desenvolvida pelo mediador, como princípio.

Baseado nessa confiança o mediador desenvolve uma de suas funções conduzindo as partes do processo de mediação apontando para as sinalizações a serem atendidas.

Mas os tropeços seguem o mesmo passo, ou cansaço, baseados na devolutura da execução da jornada.

Não de forma a amalgamar-se ao conteúdo teórico processual flexível de mediação simples, mas como composição de processos adversariais ou não, na qualidade de processos íntegros auxiliares, paralelos, que objetivem, desatar equívocos para dar continuidade ao processo de mediação.

6 Por que manter a mediação como processo principal e não passar para outros?

A resposta a essa pergunta ainda permanece no âmbito da própria existência da mediação como processo não adversarial. Ainda se discute sobre o próprio conceito de mediação.

Uns entendem que o processo pode propiciar toda sorte de intervenção de terceiros sem qualquer restrição. Passando por visões levemente diferentes depara-se com o outro lado onde se situam aqueles que entendem que a mediação pode ser interpretada como um processo regido por princípios e que qualquer supressão ou inserção representa o descompromisso com o processo mediador.

Dois princípios, o da neutralidade do mediador e o do poder soberano das partes – embora muitas vezes as próprias partes não sabem como aproveitam O por si só colocam a mediação num patamar único. Não sem razão. Uns defendem que este é um entendimento ortodoxo e que é quase impossível de ser desempenhado. E do outro lado há aqueles que defendem que é um entendimento plenamente compreensível e aplicável à mediação no seu molde clássico e original, com o devido acato e respeito aos seus princípios e parâmetros.

Essa *principled mediation*, por força de suas características, é o único processo resolutivo onde as partes, em tese, controlam o destino de suas próprias desavenças. Sair desse contexto é voltar aos métodos tradicionais onde as partes têm sempre papel coadjuvante.

Pragmaticamente para esta defesa argumenta-se que o diálogo entre as partes e o mediador permanece em um nível de cumplicidade tácita porquanto existe uma manifesta aceitação da total responsabilidade de cada parte e da total isenção de julgamento por parte do mediador.

E isso ocorre, diferencialmente de todos os outros meios resolutivos de conflitos, somente na mediação na sua acepção restrita enquanto processo. Somente sob a proteção desses princípios as partes se capacitam para o desafio de resolver seus próprios conflitos. Encontram guarida na mediação onde tais conflitos são tratados na sua versão original, apresentados e dissecados pelos próprios protagonistas. Por si só esta é a razão pela qual se tem na mediação o processo perfeito que não deverá ser abandonado.

Mas ocorrem circunstâncias dentro do processo em que o restrito uso da mediação clássica coloca o conflito diante de impasse. Nesse momento, a condução para respostas que ele não pode fornecer, sem ferir a suscetibilidade e autoridade das partes ou colocar em risco a confiança na sua neutralidade, encontra guarida na oferta de processos paralelos. Daí a importância do conhecimento sobre esses processos.

O que se quer enfatizar é que o aceno à possibilidade de utilização desses processos e seus critérios objetivos não significa a abdicação da neutralidade do mediador e nem a renúncia pelas partes de sua autoridade. O mediador pode apontar para fórmulas solucionadoras cujos parâmetros mesmo não contemplando os mesmos princípios da mediação, são aceitos pelas partes e conduzidos

de fora do conteúdo mediado para cooperar com o arcabouço em curso que é o principal.

Na prática, em disputas de menor complexidade, as informações ou critérios fora do contexto das partes tem guarida no comportamento do mediador no âmbito interno da mediação. Podem e devem ser fornecidas sob a legitimidade da função de “agente da realidade” que lhe é pertinente. Entretanto a quantidade e qualidade de critérios dessas informações podem soprar desequilíbrio na neutralidade do mediador e aparentar parcialidade, se não forem apresentadas cuidadosa e oportunamente.

Mas as mediações de grande complexidade, envolvendo múltiplas partes, inúmeras questões discordantes, além de vultosas perdas materiais e mesmo pessoais, exigem avaliações que funcionem não só como critérios e informações orientadores e legitimadores de reclames, mas que importem em fatores de capitulação de posições.

Por exemplo, numa experiência em mediação desta autora, que envolveram questionamentos sobre bens imobiliários e societários. Tratava-se de uma sociedade por cotas com responsabilidade limitada. Três empresas, uma corretora de imóveis, uma firma de contabilidade e uma de engenharia foram contratadas pelas partes envolvidas em uma divisão de bens e responsabilidades, para emitir laudos, fazer avaliações e prognósticos. Cada uma das empresas utilizando-se de seus próprios meios e técnicas, consolidando processos estruturados, para identificar fatos, avaliar bens imóveis comerciais e industriais, estimar dimensões de construções, responsabilidade de gestão etc., desenvolveram conclusões que foram recebidas, mesmo contrariando algumas posições iniciais, como orientadoras da divisão do acervo plenamente lançada no termo da mediação. Essas determinações feitas pelos profissionais como *experts* foram aceitas pelas partes como vinculantes e não meras recomendações, conforme o processo auxiliar de *expert determination* dentro da própria mediação. A mediação que já ia para sua terceira ou quarta sessão promoveu um acordo satisfatório.

E para tanto as perguntas persistentes são: Como desenvolver um processo onde todos os elementos e princípios da mediação permanecessem inalterados e se possa contar com técnicas, ferramentas e princípios alheios ao processo clássico de mediação?

Como se dá a inserção de processos auxiliares

A mediação perde o seu escopo resolutivo e cede espaço imperativo para o direito que a lei resguarda, sob a chancela de outras intervenções aptas a apresentar soluções prontas.

Então se concebe a abertura de espaço temporário para que o entendimento de determinadas questões em discussão no processo de mediação receba tratamento fora do contexto em curso de forma oblíqua e tangente.

O processo simples de mediação (com seu início, meio e fim, seus elementos, partes e mediador) então se transforma num processo composto, na medida em que é complementado por diferentes processos com diferentes conformidades.

O importante é que os processos chamados venham para o edifício da resolução como janelas e portas, umas iluminadoras de peças do intrincado da disputa e outras para permitir a entrada e saída de componentes necessários para o cenário eventual. Esses movimentos são eficazes até mesmo para o reconhecimento do terreno onde o conflito se instala. A utilização, numa única mediação de todos os recursos extra mediação propiciados por valiosas estruturas de outros processos resolutivos como a da conciliação, da facilitação, do *fact finding*, da *early neutral evaluation* (avaliação preliminar por neutro), da *expert determination* (determinação do especialista), do *Dispute Review Board* (DRB) ou *Dispute Adjudicatory Board* (DAB), da adjudicação e outros processos privados, não adversariais, ou até adversariais, numa mesma peça processual resolutiva são primordiais.

Aqui um processo auxiliar até pode ser adversarial e a solução extraída pode conter respostas de certo e errado, adequado, inadequado etc. O importante e que possam compor o processo resolutivo da mediação trazendo respostas de antemão aceitas pelas partes a respeito de uma ou mais questões, desde que ajude na resolução da disputa em sua totalidade, como:

1. Identificando questões de difícil resolução – normalmente essas questões ou dificuldades já surgiram no desenrolar do processo principal e não puderam ser solucionadas devido à deficiência de dados, informações, etc. necessárias para propiciar às partes uma decisão consciente.
2. Delegando para profissionais específicos em adequados e definidos processos a resolução de determinadas questões – identificadas as questões o próximo passo é a identificação de processos que possam contribuir para o preenchimento de lacunas no complexo das divergências da disputa.
3. Incorporando o resultado previamente aceito pelas partes – o mérito das questões já não será objeto de discussão dentro do processo principal. Presume-se que o esclarecimento fornecido pelo processo auxiliar seja inquestionável e que a autoridade escolhida tenha o crivo da aquiescência antecipada das partes. Evidentemente, por mais que vigore a expressão “o que é combinado não é caro”, a assertiva não é absoluta porque volta para o domínio das partes no processo de mediação onde

uma autoridade é somente negociável perante a autoridade de outra parte.

7 Processos qualificados para compor um processo de mediação

O elenco de processos oblíquos conhecidos é robusto, mas as formas criativas em evolução e criação podem ser inumeráveis. Dos mais abrangentes aos mais específicos, se abordarmos sua capacidade resolutiva, cada processo, escolhido para compor um processo mediado por princípios, têm função e validade pontuais normalmente já reconhecidas pelo universo de recursos usados pela sociedade em auxílio de suas necessidades, seja de apoio para saúde física ou psicológica, para estrutura de patrimônio, estabilização financeira, segurança de projetos e tantas outras necessidades do universo humano.

Cada processo é escolhido, abordado e utilizado não de acordo com suas características e princípios, mas logicamente pelo serviço auxiliar que podem oferecer.

Cabe aqui então definir alguns processos resolutivos, que rigorosamente podem se qualificar como processos paralelos e secundários auxiliares, paralelos ou oblíquos, por serem por força de expertise, revestidos de autoridade para fornecer soluções. Devemos acrescentar que esta listagem não esgota a possibilidade de inserção de qualquer outro processo, seja não adversarial ou adversarial, desde que aceitas de comum acordo pelas partes.

Essa listagem representa, simplesmente, uma mostra de alguns processos usados como auxiliares da mediação. Não representa a totalidade dos processos admissíveis porquanto o número cabível é grande e existe uma fonte de novos processos ainda não experimentados, outros ainda não criados que, poderão também ser acatados.

Fact-Finding (Determinação de Fatos)

O *fact finding* está talhado para descobrir fatos envolvendo determinadas ambiguidades relativas a narrativas dentro do processo de mediação. O uso das evidências deverá ser fator de clareamento e discernimento das partes rumo a uma decisão a ser incorporada no processo.

Do original *Neutral Fact-finding*, ou buscador de fatos, trata-se de um processo onde um terceiro, neutro, selecionado por partes em disputa, investiga uma situação, reporta ou dá testemunho de determinado fato. É um processo dito primário mas que na prática pode funcionar como processo auxiliar, inclusive é sobejamente utilizado para clarear fatos em processos judiciais.

O processo investigativo neutro é particularmente útil para resolver questões com respostas oriundas da ciência ou setor de finanças (valor de um bem no mercado, por exemplo), bem como complexas disputas sobre a veracidade de determinados fatos, ou particularidades como incidência, continuidade de ocorrência, nexos causais ou prováveis consequências, relacionadas a conflitos dissecados em processos judicialmente e também por utilização privada nos processos de mediação.

O resultado dessas investigações ajuda na reprodução de fatos ou coleta de depoimentos através de oitiva de terceiros esclarecedores nos conflitos de relacionamento, no parecer psicológico para descarte de processos resolutivos (terapia), nos conflitos de dados ou contingentes, e tantos outros.

Convém repetir que esses resultados apresentados continuam na esfera de discussão ou aceitação das partes. Muito embora as medidas tenham sido aceitas previamente.

Como um exemplo concreto, um advogado em Miami atuou como mediador de uma disputa *multi-parte* da Câmara de Comércio Internacional (CCI – Paris) entre uma geradora de energia elétrica na América Central, uma seguradora norte-americana e uma resseguradora europeia. A disputa era sobre os prejuízos sofridos pelas grandes e sofisticadas máquinas-geradores de eletricidade, causados por um forte temporal na América Central. O *fact-finding* foi importante para demonstrar a relação de causa e efeito dos danos.

O *fact-finding*, por ser um processo técnico, pode ser usado tanto através de uma firma de consultoria contratada pelas partes, ou pode ser utilizado pelas próprias partes na busca de fatos a serem considerados na própria mediação.

É interessante o exemplo dado num programa educativo sobre negociação integrativa: “*Dispute Resolution Through Joint Fact-Finding*”⁹ envolvendo um conflito entre um empreendedor e uma comunidade sobre a construção de um edifício de condomínio. De um lado os residentes alegavam que a construção daquele prédio de tamanha altura provocaria congestionamento de trânsito e muito barulho. O empreendedor então contratou uma firma de consultoria para demonstrar que a construção traria mais benefícios à comunidade que prejuízos. Os residentes, por sua vez, buscaram evidência com conclusões opostas. As partes então decidiram tomar para si, dentro de um processo de mediação, as considerações de ambos os laudos para encontrar uma solução conjunta, respeitando as técnicas conclusivas do *fact-finding*.

⁹ “Integrative Negotiations: Dispute Resolution Through Joint Fact-Finding – When to use joint fact finding to settle a dispute”, May 12, 2020, <https://www.pon.harvard.edu/daily/conflict-resolution/dispute-resolution-through-joint-fact-finding/>

Early Neutral Evaluation (“ENE”)

Aqui, um neutro escolhido pelas partes por seu *expertise* vai um passo adiante, ouvindo as partes e *emitindo um parecer com recomendações* que normalmente não são vinculantes, mas tem um certo peso com as partes. Neste método, os neutros podem ir além dos puros fatos para incluir conclusões sobre a lei aplicável aos fatos etc. A ENE vem sendo utilizado na arena internacional. Nos Estados Unidos, foi introduzida nos tribunais do Estado da Califórnia nos anos 80, especialmente em disputas familiares. Na Malásia, os tribunais acabaram integrando ENE com mediação nos processos civis complexos.¹⁰ A Câmara de Comércio Internacional (CCI – Paris e São Paulo) oferece esses serviços através do seu *Center of Expertise*.¹¹

Facilitação - Facilitation

Devemos lembrar que a palavra *facilitation* em inglês, nos Estados Unidos pelo menos, normalmente se refere a um processo de arranjar os procedimentos e as “regras da estrada” para conduzir reuniões entre grupos de pessoas, sejam da mesma organização ou entre entidades. Um exemplo foi o desenvolvimento por uma faculdade de Administração de Empresas de um Programa de Desenvolvimento de Líderes dentre de uma empresa de petróleo e gás.¹²

Não necessariamente tem a ver com existência ou não de um conflito (não manifestado) ou uma disputa (um conflito manifestado). E mesmo que houver conflitos ou disputas, não é tarefa do(a) *facilitador(a)* tocar no mérito do conflito ou da disputa. Da mesma forma no Brasil a facilitação dentro ou antes de uma negociação não vai tratar de questões de mérito, mas vai tentar aprimorar os meios de comunicação entre as partes.

Também comum é o uso da *facilitation* (facilitação). Ocorre no estágio preparatório ou mesmo intermediário ao procedimento de uma mediação complexa onde se busca o consenso entre membros de um grupo integrantes de uma situação conflituosa comum. Pode-se dizer que se constitui no alinhamento de integrantes de um grupo em conflito para facilitar o posicionamento das partes em face de estratégias de negociação com vistas à resolução de um conflito o qual, muito embora seja substancialmente similar, apresenta individualmente características próprias. Como se fosse uma mediação por uniformidade de propósitos ou meios

¹⁰ “Integrating Early Neutral Evaluation into Mediation of Complex Civil Cases in Malaysia”, *Journal of Politics and Law*, No. 7 (2014), Canadian Center of Science and Education, disponível através do serviço *HeinOnline*, ver <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jpola7&div=54&id=&page=>

¹¹ Ver <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/experts/>.

¹² Ver “Case Study 4 – Facilitation: Facilitation at Oil and Gas Organisation”, RMB Learning, <http://www.rmblearning.com/Case-Studies/An-example-of-Facilitation.aspx>

para resolução de questões conflituosas envolvendo uma só causalidade com diferentes efeitos.

A importância dessa intervenção no processo de mediação é facilmente explicável considerando a premissa da multiplicidade de partes e suas particularidades como fator de dispersão de intenções ou fins.

E esta razão, se apresenta como fator distintivo dos processos de mediação e facilitação que podem ser confundidos por alguns.

A facilitação tem no campo preparatório para a mesa de negociação com múltiplas partes seu lugar mais importante. A seara da mediação por sua vez, está preparada para comportar, dentro dos seus limites, tanto questões preparatórias quanto de instrução e informação. O uso da facilitação é uma estratégia usada nas circunstâncias descritas acima.

No contexto de alguns tribunais nos Estados Unidos, “*Settlement Facilitation*” é uma forma de mediação. O facilitador, ou mediador, ajuda as partes a chegarem a uma resolução, mas não define os termos do acordo. Ele ou ela ajuda as partes a avaliarem os pontos fortes e fracos de seus casos e até pode sugerir uma possível solução. Porém as partes têm o poder de criar seu próprio acordo conforme a satisfação mútua delas próprias. As regras locais impõem uma tentativa para facilitar muito casos “cíveis” (neste contexto, o termo “cível” se refere aos casos não penais), com algumas exceções. Os facilitadores podem ser escolhidos pelas partes, seus advogados, ou pelo Tribunal através do seu Departamento de ADR.¹³

Como se vê, o termo “*facilitation*” é definido e utilizado em vários sentidos diferentes. Talvez o melhor diferenciador entre facilitação e mediação é que a facilitação fica mais focada no próprio processo enquanto a mediação fica mais focada ao resultado¹⁴. Isso porque alguns entendem que o objetivo da mediação é o acordo, e nós entendemos que o objetivo da mediação é a resolução dos conflitos numa disputa que eventualmente pode resultar em acordo.

Dispute Review Board (DRB) ou *Dispute Adjudication Board (DAB)*

Em voga na Inglaterra desde 1994, por ocasião da construção do *English Channel Tunnel* (apelido “Chunnel”), e frutos do movimento pró ADR, estes podem ser considerados processos literalmente paralelos a uma mediação. Formam-se pela escolha de três pessoas – normalmente dois engenheiros, técnicos ou administradores em construção de projetos similares + um advogado - que, atuando diretamente nos sites de um projeto de construção civil, tem como função prevenir conflitos em designadas plantas de trabalho. O poder e a jurisdição desse

¹³ <https://thirddistrictcourt.nmcourts.gov/settlement-facilitation.aspx> (Tribunais do 3º distrito do Estado de New Mexico – EEUU).

¹⁴ “What Facilitation Is and How It Is Used”, no módulo 2 “Facilitation and Settlement Conferences”, ver <https://lawshelf.com/videocoursesmoduleview/facilitation-and-settlement-conferences-module-2-of-5/>

conselho advém de contrato firmado entre as partes e funciona mesmo concomitantemente a um processo de mediação que objetiva resolução de um verídico conflito. Diferentemente de outros processos acessórios, estes transcorrem contínua e concomitantemente ao processo principal de mediação.

Uma outra diferença notável é que os DRBs ou DABs estão já estabelecidos no próprio início do projeto de construção, antes do surgimento de qualquer disputa entre as várias partes. O objetivo é minimizar ou até eliminar demoras na construção do projeto quando há diferenças ou disputas entre as partes sobre vários aspectos do projeto sobre desenho, técnicas de construção, prazos, custos etc.

DABs e DRBs são mais encontrados em grandes projetos de construção e infraestrutura como aqueles para os estádios dos Jogos Olímpicos Rio-2016. Um advogado envolvido nesses projetos no Rio informou que felizmente, não houve necessidade de acionar os DRBs no Rio. Um DRB normalmente fica autorizado no contrato entre as partes para emitir opiniões não vinculantes, enquanto um DAB fica autorizado para emitir decisões vinculantes. Dependendo da natureza da cláusula contratual, decisões dos DABs podem ser recorridas por meio de arbitragem.

Os DRBs e DABs são constituídos no início do projeto, antes do surgimento de qualquer disputa entre as partes. Eles são paralelos e antecedem o próprio processo de mediação. Ou a mediação pode constituir em si um processo oblíquo num DRB ou DAB. Considerando que o DRB ou DAB têm função de prevenção, bem como resolução, os neutros do DRB e DAB são pagos antecipadamente.

Existem várias instituições que oferecem apoio na área de *Dispute Boards*, como a CCI – Paris e São Paulo por exemplo.¹⁵ A Dispute Resolution Board Foundation (<https://www.drb.org>) oferece informações básicas sobre as características e funcionamentos dos DRBs e DABs.

A *expertise* nesses processos acessórios é fator crucial em algumas disputas. Peritos e facilitadores com seus laudos e dossiês trazem afirmações basicamente incontestes no espaço de domínio das partes porquanto estão atrelados a estruturas técnicas ou a evidências incontroversas. São providenciais no realavancamento do processo de mediação.

Adjudicação

Não podemos entender adjudicação *lato sensu*, que significa “através de juízo”, tampouco como o instituto do Código Civil que define a transferência de posse ou propriedade através de sentença judicial ou administrativa.

Relativamente ao mundo de ADR, adjudicação significa um método padrão de resolução de disputas na área de construção adotado em muitos países de

¹⁵ <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/>

common law. No Brasil pode ser inserida perfeitamente dentro de um processo de mediação em conflitos de avaliação estimativa relativas a danos de imóveis ocorridos seja por acidentes ou responsabilidade subjetiva.

Essa busca de juízo, que em última instância define o instituto, por si só já coloca o processo numa posição antagônica à mediação. Enquanto o juízo sedimenta posições, a mediação valoriza interesses. A adjudicação sim pode ser a alternativa, ou seja, a outra solução alternante à mediação.

Entendemos que em tese, uma decisão adjudicada pode ser pedida por partes num processo de mediação e posteriormente recebida de volta como uma decisão integrante do complexo decisório de uma disputa.

Com grande reserva pode-se falar de *adjudicação* no bojo do processo de mediação. Pode-se entender que o processo, senão pela sua denominação, pelo condimento definido e vinculante do julgamento e da sua possibilidade de apelação, possa revezar numa mediação. Ao entrar e interromper o fluxo negocial, a adjudicação coloca o processo de mediação num caminho sem volta ou com remota possibilidade de retorno. Um processo aos moldes da prática inglesa, comum na indústria de construção na Inglaterra, propiciando uma polarização sujeitante e passível de apelação judicial, dificilmente recompatibiliza-se com o processo de mediação *stricto sensu*. Este é o desafio desta reflexão.

No Reino Unido, a adjudicação é um processo estabelecido por lei para contratos de construção. O conceito básico é “paga agora e discute depois” com o objetivo de proteger o fluxo de caixa dos empreiteiros. O prazo para o adjudicador chegar a uma decisão é dentro de 28 dias.¹⁶ Uma das vantagens é que o prazo é relativamente curto e sendo assim pode-se instalar no processo de mediação. O processo em si goza de alguma flexibilidade, em que as partes podem alinhar o processo, mas não podem renunciá-lo nem prorrogá-lo no seu contrato de construção.

Diferente dos DRBs e DABs descritos acima, a adjudicação existe por lei inglesa em todos tipos de construção (casas residenciais, etc.) e não apenas nos grandes projetos de infraestrutura. Os *adjudicators* podem ser advogados com especialização em construção ou especialistas em outras áreas de construção como engenharia, finanças, etc.

Por outro lado, nos Estados Unidos, *adjudication* se refere ao um processo administrativo frente a um órgão público, seja nível federal ou estadual, como Imigração, a Agência de Proteção Ambiental (EPA), etc., decidido por um *Administrative Law Judge (ALJ)*, normalmente um advogado. Eis mais um exemplo

¹⁶ Para informação detalhada sobre este processo, ver “Statutory adjudication of construction contracts in the UK”, Womble Bond Dickenson, 22 February 2017, <https://www.womblebonddickinson.com/uk/insights/articles-and-briefings/statutory-adjudication-construction-contracts-uk>

do antigo ditado que “ingleses e norte-americanos são povos separados por uma linguagem comum”.

Porém, um aspecto que os processos ingleses e norte-americanos têm em comum é que ambos são sujeitos a recurso aos Tribunais de Justiça. Quer dizer nem um, nem outro é final, o que, pelo menos em teoria, possibilita a integração com uma mediação em curso.

Por outro lado, todas as vantagens do processo de mediação caem num vácuo. O tempo, o custo, o estresse e a falta de controle podem desmorronar tudo o que possa ter sido ou que venha a ser construído na mediação.

Arbitragem?

Talvez o caminho mais desafiador seja inserir um processo de arbitragem como meio auxiliar.

A vantagem de ser um processo privado pode ser considerada, mas convém lembrar que se trata de um julgamento final, sem recurso, em última análise. De novo, pode esgotar as vantagens da mediação mesmo quando buscar respostas pontuais.

A questão para algumas arbitragens pode ser simplesmente quantitativa onde existe a presunção de que questões qualitativas e de mérito, referentes, já tenham sido resolvidas pela mediação. Nesse caso, o retorno ao processo só se fará necessário para a resolução de outras questões ou para o lançamento a termo (simples formalidade) não só da decisão arbitral quanto também do conjunto de decisões mediadas naquele específico processo de mediação. No caso de grandes quantias a serem arbitradas o custo poderá justificar a inserção do processo, mas existirá sempre o questionamento temporal. Quanto mais provas e mais depoimentos, mais tempo, especialmente com painéis de três árbitros.

Mesmo assim na arbitragem não se pode falar em economia, seja de tempo ou de custo financeiro o que, se não invalida, pelo menos dificulta a resolução de disputas de médio e pequeno porte.

A sentença arbitral até pode ser uma arbitragem expedita (relativamente rápida em 04 meses¹⁷ com árbitro único, custos menores, prazos reduzidos comparados ao prazo de uma arbitragem “de procedimento comum” que não é expedita, de entre 1,5 – 2 anos ou até mais), e/ou com uma sentença parcial resolvendo apenas uma ou mais questões processuais ou meritórias. Tudo isso também pode ser até acelerado pela utilização de modos digitais como audiências por videoconferência.

¹⁷ Conforme o Regulamento de Arbitragem Comercial Expedita de 30.09.2020 da Câmara Arbitral da AMCHAM-SP, por exemplo.

Embora existam algumas ideias oriundas principalmente da China e Japão sobre a integração de arbitragem com mediação para promover mais harmonia e menos custos nos processos pela utilização da mesma pessoa como árbitro e mediador do caso, estas não estão bem desenvolvidas ou aceitas na cultura ocidental e levam alguns desafios a serem reconhecidos e resolvidos.

Arbitragem estilo beisebol

Este tipo-subvariante de arbitragem é utilizada com mais frequência para resolver disputas sobre o valor de um bem, uma empresa, ou salário de atleta profissional. Teve origem nas disputas entre jogadores e equipes profissionais de beisebol norte-americano. Conforme as regras deste sistema, o(s) árbitro(s) recebem ofertas do valor de cada parte e devem escolher uma ou a outra, sem ratear ou variar entre elas. Um colega norte-americano que é árbitro decidiu uma disputa sobre o valor de ações de uma empresa sueca de tecnologia médica em 2018 no estilo *beisebol*, conforme o compromisso pós-disputa (de arbitragem) das partes.

“Arbitragem de gaveta”

Nessa modalidade o terceiro arquiva uma decisão sobre determinada disputa e a apresenta, mediante solicitação, em face do impasse de uma mediação.

Arbitralistas norte-americanos entusiastas da mediação continuam encontrando formas curiosas de combinação desses dois processos. A de gaveta é apenas mais uma delas.

8 Vantagens e desvantagens

Cada processo oferece vantagens e desvantagens diferentes. Uns apresentam quadros elucidativos para o conflito, mas deixam ainda nas mãos das partes a palavra final sobre a solução. Outros, por se pautarem em estruturas definidas, apresentam soluções dificilmente arguidas pelos envolvidos nas questões apresentadas.

Resguardadas as características de cada processo, existe sempre a vantagem da expedição do processo mediador quando entraves estancam o processo de mediação, prejudiquem a harmonia do ambiente resolutivo ou o colocam em situação de impasse.

Mas a grande vantagem é a manutenção de um processo não adversarial que atenta para a compleição de situações ideais na resolução de conflitos sobejamente alardeadas e comportadas na *principled mediation*. Quais sejam o controle, o custo, a ausência de estresse, a economia de tempo, e a possibilidade da preservação de relacionamentos sejam pessoais, comerciais ou tantos outros.

Por serem aqueles os fatores que enaltecem o processo de mediação dificilmente poderão ser comparados. Entretanto, o desenvolvimento de um processo de mediação convive em toda sua extensão com o fantasma do impasse. E, como vimos, diante desta eventual circunstância, ainda vale a pena arcar com o preço das desvantagens de outros processos, onerar parte para lucrar com o todo.

Quando as respostas pedidas de processos auxiliares são pontuais, via de regra oneram o processo em dinheiro e tempo, mas dependendo se são oblíquos ou paralelos podem ser administrados de forma a prevenir maior ônus à mediação.

Talvez o processo que mais onere em tempo, dinheiro, falta de controle, estresse e risco no relacionamento seja a arbitragem. Mas mesmo assim, teoricamente, ainda vale a pena manter simplificado o elenco de conflitos levados para a arbitragem, como processo auxiliar, e dar continuidade ao mérito e legitimidade de questões dentro do processo de mediação. Sempre se ganha numa negociação baseada em princípios preconizada pela mediação.

9 Considerações finais

A mediação não muda sua natureza para encontrar seu caminho, como a água não muda sua composição ao escoar para seu destino. Diante de obstáculos ambas concentram-se e avolumam-se mas permanecem incólumes rumo ao seu objetivo final. Sabem de antemão que é simplesmente, uma questão temporal o retorno ao seu curso normal. Assim se portam as verdades. E a mediação é em verdade uma fonte infinita de normas que comporta um universo multidisciplinar e multidimensional mas com o paradoxo da ordem desordenada necessária para sua configuração. Pela sua força pode entrar e sair do seu curso, e mesmo assim continuar robusta e seguir o seu destino.

Vale a pena se debruçar na busca de formas de proteção para o processo de mediação. O processo composto é apenas uma delas. Por ter origem e justificativa na manutenção dos princípios da mediação concentrados no único processo genuinamente não adversarial e ponderar de forma privilegiada a harmonização entre pessoas e grupos de pessoas, por si só justifica sua consideração.

Tecnicamente, teoricamente e passados pelo crivo de muitos mediadores, inclusive da autora, o estudo da forma de inclusão de processos auxiliares no processo de mediação merece a atenção de estudiosos e praticantes. Estas reflexões se constituem em ideia, percepção e experimento de algo ainda embrionário, mas que certamente poderá atender aos propósitos incontestes da construção positiva dos conflitos e a consequente harmonização social.

O processo composto enquanto configura o conjunto de esforços de vários outros processos na consecução de um trabalho, soma-se ao objetivo único de resolução de conflitos preconizados pela mediação. Essa composição pode

contribuir para o silêncio do conflito na sonoridade da unificação, na compartimentalização de diferentes perguntas e respostas numa conquista singular, para o que faz valer a máxima aristotélica “[o] todo é maior que a soma de suas partes”.

Multi-door Mediation: Composite Dispute Resolution Process

Abstract: This article intends to show the validity of inserting other processes - whether adversarial or not, whether binding or not - as auxiliary to the mediation process, while at the same time maintaining the structure of mediation based on principles as a judicious form of conflict resolution with its advantages and benefits, to the extent it is helped by other facilitative solutions obtained via the theoretical-technical autonomy of such processes, even if the latter are based on principles diametrically opposed to those of mediation.

Keywords: Mediation. Principled Mediation. Multi-door Mediation. Compound Mediation Process

Referências

CHOW, Norman Zakiyy T.J. and HASSAN, Kamil Halili. “Integrating Early Neutral Evaluation into Mediation of Complex Civil Cases in Malaysia”, *Journal of Politics and Law*, No. 7 (2014), Canadian Center of Science and Education, disponível através do serviço *HeinOnline*, ver <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jpola7&div=54&id=&page=>

FISHER, Roger and URY, William, with PATTON, Bruce, Editor. *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*. New York, NY, USA: Penguin Books, 1991.

ROSENN, Keith. *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira*, por Prof. Keith Rosenn da Universidade de Miami, Flórida Faculdade de Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação – Uma Solução Judiciosa para Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

STIENSTRA Donna and WILLGING, Thomas E. “Alternatives to Litigation: Do They Have a Place in the Federal District Courts?”. Washington, D.C.: Federal Judicial Center, 1995. <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/allitlit.pdf>

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SERPA, Maria de Nazareth. *Multi-door Mediation: Processo Composto de Resolução de Conflitos*. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 02, n. 04, p. 103-131, jul./dez. 2020.

Viktor Frankl and the Art of Mediation

Maria Luisa Mansur

Maria Luisa Mansur is a Brazilian attorney and mediator. She earned her Bachelor of Laws (LL.B) from the Pontifical Catholic University of Sao Paulo in 2018 and is expecting to receive her Master of Laws (LL.M) in Dispute Resolution from Pepperdine University's Straus Institute in 2021. She is currently a trainee at the ICC International Centre for ADR in Paris.

Abstract: The presence of suffering in mediations is undeniable and using it to the advantage of the process is a skill that competent mediators must manage. This article answers how mediators can help parties search for a purpose to justify their pain, presenting the views of a holocaust survivor and his belief that men are ready to suffer when they are able to develop a sense of coherence.

Keywords: Alternative Dispute Resolution. Mediation. Positive Psychology. Salutogenesis.

Summary: Inspired in the books "Man's Search for Meaning" by Viktor Frankl, and "Health, Stress and Coping" by Aaron Antonovsky, this article approaches the concepts of *Salutogenesis* and Logotherapy from the mediator's standpoint. The primary section will investigate the common ground in their theories, which is the pursuit of meaning in suffering. This will first be examined as a tool to overcome hardships in human life, and, subsequently, as a way to manage hurting parties in mediations, providing them with the structure to engage in a process that goes beyond settlement. Then, Frankl's call for responsibility over people's response to life events and empowerment in the face of suffering will be explored in alignment with the basic principle of mediation: party self-determination. This article defends that legitimate settlement arises when parties take ownership of their role in the process and act in accordance with their values and desires, which lead to greater procedural satisfaction and higher compliance with the terms of the agreement. The last section is dedicated to an interview conceded by Hon. Judge Daniel Weinstein (Ret.), whose journey does justice to the beautiful Art of Mediation. He believes that magic can happen in mediations and generously shared his strategies to create the necessary environment to do so. Finally, he shared techniques to deal with human irrationalities and influence tactics he witnessed in his practice.

1 Introduction – **2** The Art of Navigating Suffering through Positive Psychology – **3** The Art of Empowerment through Party Self-Determination – **4** Interviewing Judge Daniel Weinstein – **5** Final Considerations – References

1 Introduction

Cognitive and affective components inform the individual's personality structure, which, along with positive psychology's findings, help explain what makes people thrive despite the hardships they face. This is the object of Aaron Antonosky's research on *Salutogenesis*, further explored below.

In parallel, Viktor Frankl's psychological approach, known as Logotherapy, presents the primary motivational force in a human being and shows how it can

shape one's destiny. He invites people to take responsibility for their existence, leaving the role of victims and being the protagonists of their journey.

Both authors' contributions give mediators tools to explore the philosophical principle of personal autonomy with the parties. The theories presented here can help mediators bring awareness about their clients' choices, which does not require control over life's circumstances. Ultimately, it can assist parties to suffer with dignity, finding a sense of resolution, and dealing better with future adversities.

2 The Art of Navigating Suffering through Positive Psychology

Introduced and developed by Aron Antonovsky, the concept of *Salutogenesis* represents a different approach toward understanding the effects of hardships in human's life. The word comes from the Latin *salus*, health, and the Greek *genesis*, origin. Instead of focusing on the sickness and pathologies developed as a result of unfavorable circumstances, Antonovsky's researches sought to understand what made people succeed and lead happy lives despite the challenges they went through.

He found that high-risk populations survivors had a strong *sense of coherence*, that allowed them to make sense and add meaning to their suffering, which many times translated into happy and fulfilling lives. His definition of the sense of coherence is the following:

As defined, the sense of coherence explicitly and unequivocally is a generalized, long-lasting way of seeing the world and one's life in it. It is perceptual, with both cognitive and affective components. Its referent is not this or that area of life, this or that problem or situation, this or that time, or, in our terms, this or that stressor. It is, I suggest, a crucial element in the basic personality structure of an individual and in the ambiance of a subculture, culture, or historical period.¹

Further, he presents the main components that inform this sense of coherence, beautifully summarized by Tal Ben-Shahar, a Positive Psychology Professor at Harvard. Ben-Shahar explains that having a sense of comprehensibility, manageability, and meaningfulness informs the sense of coherence, introduced by Antonovsky as the source of mental health.²

The sense of comprehensibility is present when, regardless of one's suffering, the individual can make sense of the world around him and understand what is

¹ Aaron Antonovsky, *Health, Stress, and Coping*. San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1st Edition, 1980, p. 124.

² Tal Ben-Shahar (2011). 幸福課7-逆境還是機遇-Positive Psychology-. Retrieved from <https://www.youtube.com/watch?v=U3ZioP5MF1I>.

going on. On its turn, the sense of manageability depends on internal and external resources that the person identifies as tools to deal with the present situation. Therefore, instead of feeling helpless, the person has confidence in his or her capability to handle the challenge. Lastly, the sense of meaningfulness allows the sufferer to find a *why*, a purpose that justifies his pain. The later deserves further comment, as it shows to be the inner strength that allows people to bear suffering with dignity.

After analyzing robust studies, Antonovsky identified that mental sanity is sustained when individuals can translate their hurt into something significant: “It seems reasonable to view these findings as corroborating the hypothesis that when people, for whatever reason, are somehow able to translate a difficult, complex bombardment of stimuli into a whole that is meaningful, high health levels are likely to be maintained.”³

Just like Aaron Antonovsky, who was passionate about the source of health even in unfavorable circumstances, the Austrian psychiatrist and Holocaust survivor Viktor Frankl also believed in the Positive Psychology approach to understanding suffering.⁴

Using his experiences in concentration camps, Frankl wrote “Man’s Search for Meaning”, encouraging human beings to be responsible for their existence and to find spiritual freedom by choosing one’s attitude towards any set of circumstances. In his book, he also introduces the psychological approach known as *Logotherapy*, much related to Antonovsky’s theory on the sense of coherence:

Logotherapy [...] focuses on the meaning of human existence as well as on man’s search for meaning. According to Logotherapy, this striving to find a meaning in one’s life is the primary motivational force in a man. [...]

It is one of the basics tenets of Logotherapy that man’s main concern is not to gain pleasure or to avoid pain but rather to see meaning in his life. That is why man is even ready to suffer, on the condition, to be sure, that his suffering has a meaning.⁵

To Frankl, life is a quest for meaning, which can be found in work, love, and courage. He states that people have the opportunity to give sense to their distress by how they respond to it. Going one step further, Frankl affirms that the

³ Antonovsky supra note 2 at 170.

⁴ “Frankl’s concern is less with the question of why most died than it is with the question of why anyone at all survived”. Viktor E Frankl et al., *Man’s Search for Meaning*. Boston, Beacon Press, 2006. Forward, p. X.

⁵ Viktor E Frankl et al., *Man’s Search for Meaning*. Boston: Beacon Press, 2006, p. 98-99;113.

attitude towards this opportunity determines whether or not someone is worthy of his suffering.⁶

Not only do human beings have the chance to give meaning to and be worthy of their pain, but the holocaust survivor also acknowledges the opportunity that lies in connecting with the suffering of another: “I have to confess here that only too rarely had I the inner strength to make contact with my companions in suffering and that I must have missed many opportunities for doing so.”⁷

As peacemakers, mediators have abundant opportunities to face and embrace the suffering of other people. The art of dealing with it constructively is one aspect that can set apart great mediators from the extraordinary ones. Luckily, Viktor Frankl, along with Antonovsky’s research, showed one crucial way to do so, namely, finding meaning in pain. But how can mediators help parties in this search?

Many times, the art of mediation consists of building the bridge of inner healing and reconciliation for parties to cross. That would be an easy task if the human species were as rational as believed to be. Especially when dealing with interests, emotions, and expectations, human behavior can be inconsistent, surprisingly challenging, and illogical.

In his book *Assignment in Eternity*, Robert A. Heinlein writes that “man is not a rational animal, he is a rationalizing animal”. Therefore, it is within the art of mediation to provide rationales that parties can be happy, or at least live with, and see as justifications to the suffering they have gone through.

It can take an in-depth search behind the parties’ positions until the mediator finds what interests they need to see fulfilled. With this understanding, extraordinary mediators will be able to frame possible rationales as to meet those interests, in such a way that the party’s shoulders drop. Maybe the framing has to fulfill their need for acknowledgment, sense of resolution, space to self-expression, belonging, or approval. Perhaps it has to do with the client’s perception of integrity, fairness, or morality.

The fact is that once the interest is identified and the rationales compatibly framed, the mediator must have enough understanding of the players to deliver them in a way that does not threaten their sense of self.

One common reason that makes people fearful for their identity and reluctant to accept new insight is their unconscious need to be consistent:

[P]eople will hide inside the walls of consistency to protect themselves from the troublesome consequence of thought. [...] Researchers have

⁶ Id at X and 67.

⁷ Id at 84.

discovered that people themselves use this same evidence – their own behavior – to decide what they are like; is a primary source of information about one’s own beliefs, values, and attitudes.⁸

A possible approach to neutralize that force is by offering parties chances to save face, or simply providing a non-judgmental environment. Without explicit permission to change one’s posture and encouragement from the mediator to make that decision, in the name of consistency parties are more likely to continue performing as swines, even if their most authentic selves find inspiration in saints: “[W]e watched and witnessed some of our comrades behave like swine while others behaved like saints. Man has both potentialities within himself; which one is actualized depends on decisions but not on conditions.”⁹

Viktor Frankl inspires that turnover in attitude by shining a light in human’s freedom to change at any instant.¹⁰ Making this explicit to the parties will allow them to shift from competitors to collaborators, and from victims to heroes of their stories, as will be better explored in the next session.

Moving on, as the neutral succeeds to provide reasons parties can genuinely say yes to, the mediation will go beyond settlement by actualizing the meaning behind the raw situation the parties brought to the room: “As we see, a human being is not one in pursuit of happiness but rather in search of a reason to become happy, last but not least, through actualizing the potential meaning inherent and dormant in any given situation.”¹¹

Moreover, it is important to keep in mind that it is not up to the mediator to decide if an agreement is reasonable or if the parties’ interests seem logical. People’s behavior will always make sense from their perspective. Extraordinary mediators ask themselves what sense is there, find the underlying purposes behind it, and provide rationales that meet them.

After all, mediating would be meaningless, and perhaps useless, if the neutral could rely on the rational behavior of the players. In truth, mediation is more sophisticated than facilitating negotiations between rational people.

As this session comes to an end, it is worth quoting another passage from Man’s Search for Meaning, which describes what may be one of the most vital tools in the art of mediation: reframing. As will also be explored in Judge Weinstein’s interview, detoxifying parties’ views of the other and their situation allows them to

⁸ Cialdini, Robert B. *Influence: Science and Practice*. Boston: Pearson/Allyn and Bacon, 5th Ed, 2009, p. 54 and 67.

⁹ Frankl *supra* note 6 at 134.

¹⁰ *Id* at 131.

¹¹ *Id* at 138.

paint suffering as genuine inner achievement:¹² “Most important however, is the third avenue to meaning in life: even the helpless victim of a hopeless situation, facing a fate he cannot change, may rise above himself, may grow beyond himself, and by so doing change himself. He may turn a personal tragedy into a triumph.”¹³

3 The Art of Empowerment through Party Self-Determination

One valuable concept that underlies much of Frankl’s work is the responsibility people have towards life and the circumstances it presents. The acknowledgment that people can choose how to act, even during the hardest of times, is a call for many to give up on the position of victims they carry throughout their journeys.

In the mediation context, the first step is making parties realize that “[i]t is not freedom from conditions, but it *is* freedom to take a stand towards the condition”.¹⁴ Very often, people come up with stories that are amazingly similar to the fairytales they grow up watching: each side presents their view as if they were victims, the other side the villain, and trusting the mediator to be the hero. Frankl encourages all to be their own heroes by taking a stand towards any circumstance instead of passively allowing it to define one’s life.

Right there lies another opportunity to differentiate great mediators from the extraordinary ones: the first’s ego finds satisfaction by closing a mediation as the hero that solved the parties’ conflict. The second understands the art of freeing parties from the illusion that others have the best solution for their problem and finds opportunities for empowerment during the mediation session.

Furthermore, empowerment is the first step towards one of the strongest mediation’s principles, namely Party Self-Determination, explained as follows:

As adapted to private mediation theory, the right of self-determination allows parties to participate in decision-making and voluntarily determine the outcome of their disputes. This understanding of self-determination is rooted in the philosophical principle of personal autonomy and is expressed through the legal doctrine of informed consent. [...]. In short, “party” self-determination in mediation gives ownership of the conflict to the disputants.¹⁵

Empowerment and Party Self-Determination will also create independence from the mediator and inner structure for parties to deal better with future conflicts.

¹² *Id* at 67.

¹³ *Id* at 146.

¹⁴ *Id* at 130.

¹⁵ Jacqueline Nolan-Haley. Self-Determination in International Mediation: Some Preliminary Reflections. *Cardozo J. Of Conflict Resolution*. Vol. 7:277, 2007, p. 277.

Besides, this process will build the foundation for greater satisfaction with the settlement, and consequently, higher chances of compliance.

Indeed, it is known that individuals may like someone else's ideas, but they are passionate about their own. People also follow through agreements with more consistency if they actively engaged in its creation, since it represents his or her beliefs and values:

According to the SDT formulation, a person is autonomous when his or her behavior is experienced as willingly enacted and when he or she fully endorses the actions in which he or she is engaged and/or the values expressed by them. People are therefore most autonomous when they act in accord with their authentic interests or integrated values and desires (Deci & Ryan, 1985, 2000; Ryan, 1995). deCharms (1968) described a person who acts autonomously as an origin of behavior, because, when autonomous, a person feels initiative and stands behind what he or she does.¹⁶

The importance of supporting empowerment through the self-determination of the parties becomes crystal clear as the neutral understands that it is in the nature of human beings to express their autonomy: "Man is not fully conditioned and determined but rather determines himself whether he gives in to conditions or stands up to them. In other words, man is ultimately self-determining."¹⁷

Therefore, it is the mediators' responsibility to make their clients aware of their choices, the first one being whether to be a victim of the situation or the writer and hero of their story. With this mindset, it will become easier to select the most appropriate and satisfying course of action towards the conflict, and one that will be consistent with the role the party decides to play in his or her own life.

If the mediator performs with enough compassion and humanity, this process will allow the parties to identify their inner power and potential, and, as Frankl advises, "by making him aware of what he can be and of what he should become, he makes these potentialities come true".¹⁸

To summarize what was explored in this paper, one final quote from Antonovsky is pertinent, as it unifies the sense of coherence parties look for in mediation and life, the fact that it does not require control over circumstances, but rather the empowerment to actively shape their destiny through the process: "A sense of coherence, as I trust has become clear, does not at all imply that one is

¹⁶ Valery Chirkov et al., Differentiating Autonomy from Individualism and Independence: A Self-Determination Theory Perspective on Internalization of Cultural Orientations and Well-Being, 84 *Journal of Personality and Social Psychology* (2003), p. 98.

¹⁷ Frankl *supra* note 6 at 131.

¹⁸ *Id* at 112.

in control. It does involve one as a participant in the process shaping one's destiny as well as one's daily experience."¹⁹

4 Interviewing Judge Daniel Weinstein

Hon. Daniel Weinstein (Ret.), is the co-founder of the Judicial Arbitration and Mediation Services, JAMS, the founder of the Weinstein JAMS International Fellowship Program and of the Seven Tepees Youth Program, a nonprofit organization that provides services to under-resourced youth in San Francisco.

The following interview addresses questions of humans' irrationalities and weapons of influence he witnessed in his decades of practice. Unfortunately, much of the conversation, such as humorous imitations and organic examples, are missed with the transcription, but the content is still amazingly rich and inspirational to create new journeys to the art of mediation.

1. When you received the Straus Institute's Peacemaking Award, you said that great mediators pull the poison out of the parties, bringing them from the "arena" to the "field", where magic can happen. Can you share some of your strategies to create this environment?

It's not so secretive. Except in rare circumstances, people come in with a very righteous and distortive view of the other side, and a lot of anger, and hurt. They bring all of those things in a mediation room, and one of the things you as a mediator have to be careful of is the cumulative effect of absorbing all that stress from people.

One of the techniques in the arena is to accomplish two things at the same time: allow people on each side to be heard *enough*. Time-limited. The telling of the story in some form, preferably by the principle themselves, not the lawyers, but that's not always possible. And then the trick is mirroring back what they say in an acceptable way, that demonstrates you heard them, accepted some of what they said to you, and then give it back in a different form, that is beginning to turn it into something less toxic and less offensive to the other side. And you don't try to do that all in one swift act. To me, the art form of a great mediator is to be able to hear it, turn it, and detoxify it enough. And then stop there: "That's enough for me for now; why don't we rest with that for a moment". [...] And then, in the field, you begin to see, depending on the parties being trustworthy, some sense of grace and creativity. The air has been changed.

¹⁹ Antonovsky *supra* note 2 at 128.

2. What approach have you found useful when dealing with irrationalities of the human behavior that seem to bring impasse in mediations?

Number one is frankness. Being straight about your reaction, even when it means a risk that you might lose the person. At some point saying, “listen, I heard you, and I heard you patiently. Do you want some honest feedback? Or do you want me just to say that’s your story, your way of looking at it, it’s never going to change, and that’s the way it is?”.

Two, I use humor a lot as my weapon. And not everybody can get away with that; not everybody can do it. Sometimes I imitate the people: “you come over here, sit in my chair! Let me just show you what you sound like! Let me do the best Joe Barns I can do. And I mean no offense by this, but just let me do my Joe Barns, ok?!” And then you just do it. “Now what you think of Joe Barns if you heard that?!, Come on, tell me the truth! You’re Judge Weinstein, what would you say? ‘Right on Joe, yeah baby?!’”.

So, answering to your question, when dealing with irrationality in people, have the patience to stick with it, try to use some humor, and there are times when you really have to be tough. I mean, there is a point in patience and listening, and then there are people who will only respond to being tough: “You know, you’re really beginning to piss me off. This is enough already, I’ve heard you say, ‘my bottom line, my bottom line’, where did your bottom line come from?!”.

There are people who only respond to being bullied a little bit or tough talk. And to be able to turn that on and off, and to know when to use it, and to have the license to use it... I can tell you sometimes when I’ve done it and it’s failed. A lot of what we do, after a while, it’s taking a risk. The great mediators aren’t the safest, and they aren’t without failures.

And there’s timing, we all make mistakes in timing! It’s a game of timing, it’s all about when to move, when to stop the discussion, when to put our mediator’s proposal. When to say to the parties: “Hey, you know what? You don’t have me all night. You got me until 6:30. 6:30 is my kid’s game. Guess what, your case is really important, but I’m not missing my kid’s game. You’ve had me since 8:30 this morning, 6:30 I’ll be gone. Get real.”

But the science of dealing with crazies – and they are all over the world – just understand them. Understand better where they are coming from, give them a chance to turn rational on you, and then if all things fail, you just got to call their stuff.

3. Is there anything that surprised you in terms of seeing parties comply with the other's request? Have you identified any good tactics employed from one side that enhances compliance decisions in the other?

I've seen some great negotiation moves by one side to the other. The lawyers can play such a big role in breaking the ice: "how about when we come back, I'll bring my CFO, will you bring yours? He will be here ready to talk. Maybe just the four of us meet with the judge in the airport somewhere in between this, for dinner!", I've seen people offer all kinds of things.

I'd like to think about the answer to that question, but there is a huge role in the opening statement, that's why I insist almost always on an opening session, and I try to train the lawyers. It can be such a gift! It's a chance to talk to the other side. And that form for invitation it's part of a whole discussion that we should have. What are some great opening statements I've seen in mediation, what does it mean to give an opening in mediation, how to use the client, how it can set the whole tone, pathway, and blueprint for reconciliation.

So many of the best offers I get, many of the suggestions come from the other side. Sometimes they like to filter that through you as a neutral, but I've had some incredible things come from parties, principals, and others, that you miss. I mean, are your eyes watching everything? Your consciousness for the day? Did you have a good day? Are you all there? The days that I'm present, fully conscious, and fully there, I'm three times better than the days I'm distracted. I can still do it, but there is a huge difference in that little edge, and that is true in so many professions.

5 Final Considerations

Many are the qualities that turn great mediators into extraordinary ones. As Judge Weinstein illustrated, presence, frankness, and patience are some of them. Knowing how to guide parties through suffering and empower them in the process is another. This paper took a deeper look into the later with the hope to show the beauty that lies in suffering and how it can be used in mediations that go beyond settlement.

In truth, The Art of Mediation lies in finding potential in the parties, encouraging them to actualize them, and, hopefully, providing lasting healing in the process. Just like Roberto Benigni's character shows his son in *Life is Beautiful*, Viktor Frankl teaches the freeing power of deciding how to frame lives' experiences. Providing the space and time for parties to embrace this responsibility is a gift that artfully mediators should honor with joy.

References

- ANTONOVSKY, A. Health, Stress, and Coping. San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1980.
- FRANKL, V. et al., Man's Search for Meaning. Boston: Beacon Press, 2006.
- HEINLEIN, R. Assignment in Eternity. New York: New American Library, 1974.
- CIALDINI, R. Influence: Science and Practice. Boston: Pearson/Allyn and Bacon, 2009.
- NOLAN-HALEY, J. Self-Determination in International Mediation: Some Preliminary Reflections. *Cardozo J. Of Conflict Resolution*. Vol. 7:277, 2007.
- CHIRKOV, V. et al., Differentiating Autonomy from Individualism and Independence: A Self-Determination Theory Perspective on Internalization of Cultural Orientations and Well-Being, 84 *Journal of Personality and Social Psychology*, 2003.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MANSUR, Maria Luisa. Viktor Frankl and the Art of Mediation. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 02, n. 04, p. 133-143, jul./dez. 2020.

Dos Congressos Ibero-Americanos de Mediação Policial

Patrícia Pacheco Rodrigues

Mestre em Direito pela UNINOVE; pós-graduada em Resolución de conflictos pela UCLM de Toledo – Espanha. Estudo e aplicação “Theory and tools of the Harvard negotiation project” pelo GNUMP/USP. Delegada de Polícia Civil em São Paulo. <http://lattes.cnpq.br/5702557396011791>.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques

Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE. Advogada. <http://lattes.cnpq.br/4568093820920860>

Resumo: O objeto de estudo da presente pesquisa foi a análise dos Congressos Ibero-americanos de Mediação Policial em Segurança Pública, com o objetivo principal de construir um cenário de reflexão sobre a mediação policial como mecanismo fundamental do serviço policial. A mediação policial é um trabalho no qual a polícia faz parte, mas não é o único participante. Traz alternativas ao sistema de justiça criminal que se tem apresentado na resolução de conflitos de forma insuficiente o que tem causado vulnerabilidade na proteção dos bens jurídicos. Os principais resultados com este estudo bibliográfico foram um modelo policial ponderado, com a transformação da comunidade e a construção da paz a partir das ações das forças policiais. Enfatizamos a prevenção, a polícia de proximidade e a prática policial de uma maneira diferente. Utilizamos a metodologia dedutiva e a pesquisa bibliográfica e documental, para demonstrar a integração dos órgãos públicos no enfrentamento à violência.

Palavras-chave: Direito penal; Segurança Pública; Mediação policial.

Sumário: Introdução – **1** Do I Congresso Ibero-Americano de Mediação Policial – **2** Do II Congresso Ibero-Americano de Mediação Policial – **3** Do III Congresso Ibero-Americano de Mediação Policial – Considerações finais – Referências

Introdução

As corporações da segurança pública são as primeiras formas de acesso às autoridades, e são o canal de transmissão da violência para o Estado. O meio para se alcançar a paz deve ser pacífico e não violento, e por intermédio dele devemos buscar institucionalizar um procedimento no sentido da pacificação. A construção da paz é um dever do Estado e de seus agentes, mas também dos cidadãos, portanto, uma corresponsabilidade, na qual os corpos de segurança são um meio.

Atitudes moderadas podem ser alcançadas com o uso da mediação policial como um mecanismo de busca da paz. Como objetivo geral desse estudo dos Congressos Ibero-americanos¹ visa-se atualizar o que seja a promoção da pacificação no mundo atual pela segurança pública, bem como a sua participação para uma prática que vá além do sistema penal retributivo vigente, e refletindo diretamente no acesso à justiça.

Para tanto, na metodologia de pesquisa foi utilizado o estudo bibliográfico com apoio de artigos científicos, reportagens, vídeos e dados estatísticos, além da interpretação do ordenamento jurídico espanhol. Nesse contexto, foi a revisão bibliográfica e documental que ofereceram informações que auxiliaram a compreensão da mediação policial e sua evolução legislativa e social.

Com a análise dedutiva partindo na busca quantitativa de material bibliográfico e de outras pesquisas do assunto no campo acadêmico. Assim como a base referencial bibliográfica do Curso de pós graduação “Resolución de Conflictos: Estrategias de Negociación y Técnicas de Mediación”, da Universidad de Castilla-La Mancha de Toledo – Espanha, além das atividades de pesquisa na Linha 1: Justiça e o Paradigma da Eficiência do Mestrado em Direito na Uninove-SP, que conseqüentemente levaram ao referencial teórico para fundamentar o tema pesquisado. A aplicação do método hipotético-dedutivo, para realização de pesquisa empírica, comparativa e histórica.

No Brasil há grande interesse na seara policial de se promover a mediação policial, ainda que com programas incipientes e com falta de uma estruturação como política de Estado.² Na Espanha, nos últimos anos, tal temática tem despertado interesse nesse recurso sobre os conflitos na vida cotidiana.

É, portanto, um movimento vivo e relativamente intenso, mas muito recente, com “opiniões contraditórias ou contrárias a respeito, e que a atual cultura policial e a estrutura da organização policial fazem com que seja necessário atuar com cautela ao utilizar recursos inovadores e mudar conceitos básicos, como no caso da mediação.”³

¹ Disponível em: <https://www.youtube.com/c/Vila-realES/search?query=congreso>, acessado em 04/04/2019.

² DA SILVA, Gabriela Marinho Rodrigues; RODRIGUES, Patrícia Pacheco; MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. *Análise dos programas sobre Mediação de Conflitos no Brasil na Segurança Pública*. Seminário Internacional Violência e Administração de Conflito. Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos (GEVAC). Universidade Federal de São Carlos - UFSCar. São Carlos-SP, realizado de 20 a 22 de agosto de 2019.

³ “opiniones contradictorias o contrarias al respecto, y que la propia cultura policial actual y la estructura de la organización policial hacen que se tenga que obrar con cuidado a la hora de utilizar recursos innovadores y que cambian conceptos de base, como es el caso de la mediación.” LORENTE, Josep Redorta. *Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía*. RCSP-Revista catalana de seguretat pública, nº. 15, 2004, p. 29-30.

Esse método para a polícia a faz ir além do simples cumprimento da lei. O Poder Judiciário brasileiro tem sido marcado pela característica da lentidão em fazer cumprir as leis, em uma sociedade cada vez mais ágil, e uma Justiça que muitas vezes nem chega a resolver o conflito, apenas sentencia, sem uma eficaz política de prevenção e de efetiva pacificação social. Necessária uma nova perspectiva de Administração Pública mais eficiente e efetiva aos seus cidadãos.

Importante também se faz a mudança de perspectiva do cidadão sobre a polícia, que atualmente não é positiva. Com o estudo dos Congressos se buscará o que seria desejável, com uma atitude focada no futuro melhor. Analisando a Polícia nos países Ibero-americanos como uma “instituição viva, que avança, que se adapta à nova realidade, e que se mantém em permanente processo de mudança e modernização”,⁴ e dada a proximidade cultural, uma possível perspectiva a ser adotada pelas polícias brasileiras.

O progresso nesta área está estritamente interligado com a estruturação de uma doutrina da mediação policial que possa ser instituída como uma política Estatal que fomente uma pacificação social pela mediação dos conflitos, assim teríamos uma formação técnica e jurídica específica para cada caso no âmbito policial, e não apenas uma mudança de atitude face ao conflito. A mediação, centralmente, determina uma nova concepção sobre a dinâmica das relações de poder, sobre o conceito de autoridade, e com isso traz uma reflexão sobre quem tem o poder de decisão sobre o conflito.⁵

Conforme pesquisa sobre a análise dos programas sobre mediação de conflitos no Brasil na Segurança Pública⁶ concluiu que policiais brasileiros, cotidianamente, atuam em ocorrências e aplicam a mediação, meio adequado para resolução de conflitos, possibilitando celeridade nas soluções das lides, maior satisfação das partes e aproximação da instituição policial a comunidade, preceitos fundamentais de Polícia Comunitária.

Contudo, ainda em alguns estados brasileiros, sendo eles: Tocantins, Roraima e Pernambuco, não foram localizadas práticas de mediação policial formalizadas, mas não significa que não se realize a mediação de conflitos e ou conciliação pela polícia estatal, pois como concluído nos estudos brasileiros as práticas, geralmente, carecem de formalização de rede de atendimento, institucionalização

⁴ REDORTA, Josep, GALLARDO, Rosana. *Nuevas herramientas en mediación policial*. Revista E-mediación. Ano 8, Setembro de 2014, p. 01-04.

⁵ LORENTE, Josep Redorta. *Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía*. RCSP-Revista catalana de seguretat pública, nº. 15, 2004, p. 30.

⁶ DA SILVA, Gabriela Marinho Rodrigues; RODRIGUES, Patrícia Pacheco; MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. *Análise dos programas sobre Mediação de Conflitos no Brasil na Segurança Pública*. Seminário Internacional Violência e Administração de Conflito. Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos (GEVAC). Universidade Federal de São Carlos - UFSCar. São Carlos-SP, realizado de 20 a 22 de agosto de 2019.

e padronização do serviço público a ser oferecido. Assim como, a ampla falta de formalização de dados oficiais e uniformidade nas práticas geraram grande dificuldade na pesquisa brasileira.

Diante ainda da falta de uma técnica estruturada no Brasil, necessária se faz a análise das experiências em contextos culturais próximos, e por isso, dos três Congressos Ibero-Americanos de Mediação Policial de Segurança Pública. Tendo-se como objetivo específico desse estudo verificar quais são as melhores experiências para se gerar, finalmente, e se possível, um modelo de mediação policial, para além da improvisação e do voluntarismo de agentes, numa efetiva mudança nas organizações policiais na forma de se tratar os conflitos, atualizando a cultura policial clássica.⁷

E conforme Josep Redorta Lorente: “A implementação de inovações supõe um esforço suplementar e, por isso, muitas vezes as condições não são dadas. O risco, inversamente, é o de depositar muitas expectativas em um recurso (mediação como ferramenta) que pode ser preterida em um tempo muito curto.”⁸ Tais problemas também se apresentam na análise de Josep Redorta Lorente do próprio curso de formação policial:

Se examinarmos alguns dos programas de treinamento, veremos que eles refletem as necessidades existentes sob a perspectiva da cultura policial clássica. Ou seja, a mudança de atitude envolvida na mediação não foi suficientemente fortalecida e, por outro lado, é inteiramente lógica, porque o treinamento tem que responder a critérios de formação de habilidades, mas isso deve ser exercido em ambientes específicos. Em suma, o fortalecimento da mediação aumentará inevitavelmente o treinamento em relação à mudança de atitudes, e isso deve ser um compromisso estratégico e econômico.⁹

⁷ “Algunos aspectos específicos de la cultura policial — inmediatez de la intervención, valores de la jerarquía y construcción de la autoridad, desconfianza o precaución derivadas de trabajar en situaciones de riesgo e inseguridad, etc.— pueden incidir en todo lo relacionado con la implantación de la mediación. La mediación cambia la cultura, pero no se puede implantar contra la cultura preexistente.” LORENTE, Josep Redorta. *Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía*. RCSP-Revista catalana de seguretat pública, nº. 15, 2004, p. 39.

⁸ “La implantación de innovaciones supone un esfuerzo suplementario y por esta razón no se dan las condiciones. El riesgo, a la inversa, es el de depositar demasiadas expectativas en un recurso (la mediación como herramienta) que se puede quemar en muy poco tiempo.” LORENTE, Josep Redorta. *Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía*. RCSP-Revista catalana de seguretat pública, nº. 15, 2004, p. 41.

⁹ “Si examinamos algunos de los programas de formación, veremos que reflejan las necesidades existentes desde la óptica de la cultura policial clásica. Es decir, el cambio de actitudes que comporta la mediación no se ha potenciado lo suficiente y, por otra parte, es del todo lógico, porque la formación tiene que responder a criterios de formación de habilidades, pero que se han de ejercer en entornos concretos. En resumen, la potenciación de la mediación comportará inevitablemente incrementar la formación en relación con el cambio de actitudes, y esto tendría que ser una apuesta estratégica y económica.” LORENTE, Josep Redorta. *Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía*. RCSP-Revista catalana de seguretat pública, nº. 15, 2004, p. 41.

A mediação é mecanismo para facilitar a convivência local, para que o espaço social seja compartilhado, por isso a mediação também é um sistema para prevenção de conflitos e pode trazer o entendimento sobre os valores das diferentes pessoas envolvidas. E modelos estruturados de mediação poderiam oferecer “um referencial teórico, que orienta a prática profissional, pois estabelecem um processo metodológico e o uso de técnicas na realização de determinados objetivos.”¹⁰

O que se propõe é a gestão de conflitos de forma nacional, por uma política pública institucionalizada, mas seguindo as culturas locais, como ocorre em vários países, conforme se expõe a seguir na análise de cada Congresso. O mundo globalizado vem gerando uma necessidade de um Direito mais abrangente e unificado, e de alguma forma generalizado.

Acima de tudo, deve o Direito favorecer as pessoas, e não ao conflito, incentivar para que se tenha acordo e desincentivar a demanda, mas não pelo caminho de impor ônus judiciais, pois isso é onerar ainda mais o acesso à justiça, o que devemos é entendê-lo assim como ele é, ou seja, um direito fundamental. Para além disso, e como ensina Gabriel Chalita “a justiça é a ponte que nos liga à felicidade. É a garantia da pacificação intra e interpessoal. É a conquista de pessoas e de sociedades que acreditam no valor do respeito.”¹¹

1 Do I Congresso Ibero-Americano de Mediação Policial

No Primeiro Congresso Ibero-americano de Mediação Policial, realizado nos dias 29, 30 e 31 de janeiro de 2014¹², mais de 350 pessoas participaram, em Vila-real-Espanha, em que se abordou a mediação policial de Vila-real e na cultura de paz para a resolução de conflitos com renomados palestrantes, colocando Vila-real em posição de líder mundial na área de mediação policial de conflitos, e também iniciou um novo caminho, tendo então a cidade como acolhedora dos congressos. A inspetora e chefe da Unidade de Mediação da polícia local, Rosana Gallardo, e o chefe geral intendente da polícia local, José Ramón Nieto, apresentaram os congressistas e palestrantes de países como Argentina, Colômbia, Brasil, Guatemala, Chile e França.¹³

¹⁰ “Los modelos ofrecen un referente teórico, que guían la práctica profesional dado que establecen un proceso metodológico y el uso de técnicas en la consecución de unos objetivos determinados.” GÓMEZ, Pilar Munuera. *El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas*. Portularia: Revista de Trabajo Social, n. 7, 2007, p. 85.

¹¹ CHALITA, Gabriel. *Princípio da Segurança Jurídica*. in: *Segurança jurídica no Brasil (org.) Marco Túlio Bottino*. São Paulo: RG Editores, 2012, p. 51.

¹² Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=6vdTrQc5YFA&list=PLB1wTEgPhitpo7db5u_su1bGlQpmeWPWS, acessado em 04/04/2019.

¹³ Disponível em: http://www.vila-real.es/porta/p_20_contenedor1.jsp?seccion=sfnotd4v1.jsp&contenido=23571&tipo=8&nivel=1400&layout=p_20_contenedor1.jsp&codResi=1&language=es&codMenu=805, acessado em 04/04/2019.

Foi dividido em quatro blocos temáticos, o primeiro sobre “Construir um futuro inclusivo”, o segundo dos blocos apresentou exemplos reais da implementação da mediação em diferentes instituições policiais, como a Polícia do Panamá, Fuenlabrada e Málaga, entre outras. No terceiro bloco se concentrou na mediação policial como uma ferramenta na gestão de conflitos extrajudicial. O último bloco foi dedicado à reflexão sobre “O processo policial que vem”, já que não podemos mudar o passado, mas podemos transformar o futuro, preparar-nos para a excelência e pensar em como queremos que a polícia do futuro seja, conforme a inspetora Gallardo.

Na apresentação sobre “La Mediación Penal en España: presente y perspectivas de futuro,¹⁴ foi explicitado que em seu Código Penal a Espanha alcançou o sistema criminal mais repressivo em toda a Europa Ocidental, e não se tem evidência de que essa dureza afeta a diminuição da prática criminosa, e a duração média de permanência na prisão dobrou nas últimas duas décadas. A Espanha tem um recorde: é o país da Europa Ocidental com a maior porcentagem de sua população entre barras, são 159 prisioneiros por 100.000 habitantes; a média da União Europeia é 96. A taxa de criminalidade espanhola é muito baixa, e os crimes violentos são poucos, o que faz da Espanha um dos países mais seguros do mundo.

Seguindo na mesma apresentação, com alta taxa de população carcerária que reflete um sistema saturado acima da média europeia, aponta para um fracasso da política criminal espanhola, que embarcou em custos punitivos muito populistas, ineficientes e desnecessários do ponto de vista econômico, funcional e humano. E sempre que um novo crime ocorre, ressurgem um problema antigo em que se foi tentado lidar exclusivamente com sucessivas reformas criminais. Olhares e críticas imediatamente voltam-se para aqueles que têm a função de aplicar a lei, em vez de analisar, refletir e influenciar efetivamente as causas de tais fenômenos, já que eles ocorrem, se repetem e, finalmente, acabam sendo narrados em noticiários televisivos incentivando mais populismo.

A mediação policial está legitimada na Constituição espanhola no artigo 9.2, em matéria de liberdade e igualdade dos indivíduos, ou para garantir a segurança pública e proteção dos direitos e liberdades, assim como no artigo 104.1, ou mais especificamente na Lei 2/1986, de 13 de março, que estabelece que a polícia tem de cooperar na resolução amigável de conflitos privados quando necessária para esta maneira e propósito. No entanto, estima-se pela doutrina que tal

¹⁴ Disponível em: http://www.vila-real.es/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_137891.pdf, acessado em 04/04/2019.

legitimidade está insuficiente, o que exigiria mais amplas e mais profundas possibilidades técnicas de tratamento da polícia na mediação (LORENTE, 2004, p. 39).

Nesse sentido foi a apresentação sobre “Mediación policial: otra forma de “hacer policía”,¹⁵ da inspetora Rosana Gallardo, para quem parte da premissa de que para a construção de um mundo mais justo, menos violento e mais solidário devemos buscar novos espaços de consenso, abordar as diferenças e minorias que sempre estiveram presentes e fazem parte do cenário social; então é abrir fronteiras, viver com seres semelhantes em sua condição humana, mas diferente em seus costumes, idioma e cultura. Nós falamos, portanto, de um futuro inclusivo para todas as pessoas. Uma nova Polícia deve estar envolvida na construção da segurança e, portanto, paz, e que seja capaz de impregnar essa nova filosofia em todos os procedimentos policiais, com uma autêntica transformação de toda a Instituição atribuída ao paradigma da segurança cidadã seguindo um modelo de prevenção da violência.

Segue a inspetora do que seria, portanto, um modelo abrangente e integrado, e para alcançar isso, temos a ferramenta: a mediação, como o principal recurso para a gestão de conflitos, com a corresponsabilidade da Polícia com a cidadania sobre seus conflitos, em resposta a suas emoções. Alcançar o relacionamento entre a polícia e a cidadania, que deve gerar a confiança que é a base da coexistência. Falando de futuro, “mas o futuro já está aqui, esse é o tempo para compartilhar coisas, experiências, ideias, para obter uma estrutura policial adequada às exigências de uma cidadania do século XXI”.

Ainda para a palestrante, o nível apropriado de aplicação para este novo modelo policial é o município, assim, a Polícia Local tem a infraestrutura adequada devido à sua natureza de proximidade com a cidadania, o que pode favorecer a inter-relação das instituições que a compõem, o que promove o trabalho de coalizão, e também por causa da capacidade de mobilizar os recursos da cidade, que beneficia a percepção de segurança, que é também a missão da Polícia. Esta nova dimensão do trabalho policial, de acordo com os novos tempos, tem que implicar nos planos de treinamento da polícia em se repensá-los e dotá-los de novas dimensões sociais e psicológicas que contribuem para a mudança de mentalidade dentro da Organização Policial e, assim, ser capaz de definir os verdadeiros objetivos da ação policial, voltados para a efetiva aplicação da lei com a resolução de conflitos, restabelecendo a segurança.

Se atingirmos esses objetivos, especialmente o último, os cidadãos perceberão que a polícia é um serviço público que pode ser confiável, e a Organização

¹⁵ Disponível em: http://www.vila-real.es/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_13883_1.pdf, acessado em 05/04/2019.

da Polícia estará disponível por excelência, com uma disposição para a mudança. Também provocar mudanças na cidadania, acostumada a ter a polícia para resolver os problemas e, de repente, o envolvimento dela é solicitado para gerenciá-lo. Os cidadãos hoje exigem uma polícia moderada em suas ações, que sabe como usar a autoridade necessária e que tenham grande capacidade de lidar com o cidadão, no trato e na capacidade de mediação de conflitos. Contudo, não é suficiente que a polícia queira também, precisamos do envolvimento de líderes políticos, porque a mediação é um investimento que produz economias, trazendo a consciência social da necessidade e importância da gestão de conflitos para a comunidade. Necessária a consolidação de Unidades de Mediação, para além da prática informal, na Espanha. Fomentar uma cultura da mediação e por extensão a mediação policial pode ser um instrumento de utilidade especial.

Durante o Primeiro Congresso Ibero-americano de Mediação Policial foram trazidas as experiências da Colômbia, por William Antonio Díaz; na Málaga, por Silvia Pueblos; no Panamá, por Franklin Rolando Rivera e de San Sebastián de los Reyes por Víctor Calvo.

Em San Sebastián de los Reyes,¹⁶ município de Madrid localizado ao norte, o projeto de Mediação Policial surgiu como uma aposta pessoal do Sargento Víctor Calvo e de responsáveis pela polícia local, do amargor residual que permanece nos profissionais da polícia naquelas intervenções de vizinhos, em que não se conseguiu resolver o problema no todo, com a necessidade de transferir tal problema para outra instância, sejam tribunais, delegacias de polícia, prefeituras, entre outros.

Nasceu, portanto, da convicção da contribuição profissional, de estender a mão a quem está precisando, aquele que pede ajuda e não que sabe como fazê-lo ou onde ir. O policial faz um exercício de empatia, em muitas de suas intervenções, ele se coloca no lugar do outro. Lembra Víctor Calvo de suas primeiras experiências de policial novato, um chamado na casa de uma senhora de idade avançada em que o problema era de algum ruído proveniente do andar superior e que a exigência era “você pode repreender meu vizinho”, a resposta do parceiro dele e veterano nessas ações foi “senhora somos a polícia, nós não repreendemos ninguém, se você quiser nos dar seu nome, nós vamos até o vizinho e nós o denunciaremos.” E acrescentou Víctor Calvo: “me colocando em seu lugar, se fosse minha mãe ou outro parente eu não teria gostado nem do tratamento, nem da resposta, o caso poderia ter sido resolvido, com um mínimo de profissionalismo e vontade das partes.”

¹⁶ Disponível em: http://www.vila-real.es/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_13716_1.pdf, acessado em 05/04/2019.

A mera ação e prevenção do agente uniformizado, e único como ação policial, não resolve o conflito que surgiu entre os indivíduos, a falta de tempo é um fator negativo que vai contra a resolução do conflito, é necessária uma unidade ou grupo, para manter contato e continuidade do problema até o final ou a resolução e, claro, que policiais em geral têm o treinamento, e habilidades sociais e profissionais suficientes para enfrentar qualquer conflito de vizinhança que surja, que são capazes de fazer as partes se entenderem no desconforto ou tentar dar uma solução satisfatória, mas com a mediação se tem um acordo em que todos ganham, sem vencedores ou perdedores.

No final do ano de 2012, o pontapé inicial foi dado com uma nova especialização da Unidade de Violência de Gênero, pertencente ao Grupo da Família, composto por quatorze policiais. A ideia do projeto foi baseada na voluntariedade, sem forçar ninguém, e com total liberdade para escolher. Como passo preliminar foi a formação e aquisição de conhecimentos específicos nos cursos: formadores em Mediação Policial; Mediação de Vizinhança; Resolução de conflitos entre indivíduos; Negociador da Polícia, em sua grande parte ministrado pela Academia de Polícia Local de Madri.

Diante da solicitação concreta, os mediadores apresentam o projeto, o seu funcionamento, assim como também nesse momento já fazem a difusão do próprio serviço. Participam os Serviços Sociais com a Polícia Local que expõem o projeto e as tipologias que vão trabalhar. Com a gestão da informação orientam a parte para quais as possibilidades jurídicas diante de seu caso. Analisam o conflito e perguntam as pessoas quais problemas possuem, isso já no primeiro contato com as partes.

Neste projeto os aspectos críticos que foram detectados, em especial, a falta de treinamento especializado, pela instituição, bem como dos controles intermediários, fazem com que o trabalho da polícia mediadora diminua em eficiência. A mudança de percepção do trabalho policial e do trabalho realizado pelo Mediador Policial, não é observada pelo resto da polícia a um nível ou ritmo apropriado. Assim como, a turnicidade da polícia e as rotações, são grandes desvantagens do projeto.

A implantação da cultura de mediação afeta a cultura organizacional e as maneiras de exercer o papel de autoridade da polícia. É necessário promover mudanças de atitudes importantes, de modo que, no futuro, a prática de intervenções com os recursos de mediação, seja bem sucedidos. Em qualquer caso, o processo tem que começar pelas instâncias mais altas e tem que considerar como avaliar a eficiência do agente que utiliza técnicas de mediação; os protocolos de intervenção devem ser definidos para suposições típicas para as quais a aplicação de técnicas de mediação seja claramente aplicável.

Concluindo sobre a mediação na Polícia Local de San Sebastián de los Reyes, em quase um ano de experiência, levou a ver com mais clareza certos aspectos ligados a este serviço interessante e esta especialidade da polícia, que foi resumida conforme segue: dificuldades de aplicação da mediação no campo policial são reais e derivam tanto do discurso da própria mediação quanto da própria tarefa policial; a mediação policial é um novo conceito, que se encaixa no campo da mediação com a comunidade, sendo assim, uma excelente aposta estratégica para aumentar a imagem profissional transmitida pela polícia; existe um número significativo de intervenções em que o policial pode intervir diretamente com recursos de mediação, mas deve-se considerar as opções de referência para serviços especializados de mediação em certos casos; a mediação envolve mudança de atitudes, e os programas de treinamento exigirão mais tempo e recursos adequados.

Franklin Rolando Rivera trouxe em sua apresentação a experiência no Panamá,¹⁷ o processo de implementação da sessão de mediação policial na instituição policial. No mês de junho do ano de 2011, com 20 funcionários da instituição pela equipe gerencial do alto comando da Polícia Nacional, e também altos funcionários da Universidade do Panamá, inauguraram e iniciaram o primeiro Curso de Pós-Graduação em Mediação, para funcionários da Polícia Nacional do Panamá. Desde a sua criação, este curso de treinamento foi criado para quebrar paradigmas, que teceu a base de uma grande pirâmide, com suas aulas de teoria e muitas horas de prática. No final, a teoria da “Mediação Policial” saiu, e a polícia, usando as técnicas de mediação, poderia fazer mediação policial, bem como houve a criação de um centro de mediação para exercê-la.

Sobre o projeto, uma pesquisa foi realizada na Polícia, concluindo pela viabilidade de se desenvolver o projeto do “Centro de Mediação Policial Nacional do Panamá “. Findou o curso de pós-graduação, no mês de novembro de 2011, e o grupo de 20 alunos foi convocado novamente para trabalhar no “Manual de Organização e Procedimento do Centro de Mediação e Conciliação da Polícia Nacional do Panamá “. Após o primeiro esboço do Código de ética e do Manual do Centro de Mediação e Conciliação, dia a dia tomando forma, com o apoio de muita informação local e consulta feita a outros países que tinham centros de mediação em suas diferentes instituições. O Manual de Organização e Funções do Centro de Mediação e Conciliação da Polícia Nacional do Panamá foi entregue à Universidade do Panamá para avaliação, verificação e aprovação, sendo

¹⁷ Disponível em: http://www.vila-real.es/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_13713_1.pdf, acessado em 07/04/2019.

formalmente entregue à Polícia Nacional, durante a graduação dos 20 alunos que participaram da pós-graduação.

As autoridades policiais do país ofereceram um estágio ao seu Centro de Conciliação, para que pudessem ver o funcionamento e a experiência da Polícia colombiana nessa questão. Realizado o estágio na Colômbia, por uma semana, do dia 12 a 18 de fevereiro de 2012, no Centro de Conciliação da Polícia “El Restrepo”, localizado na cidade de Bogotá. O funcionamento do Centro de Conciliação, e o papel desempenhado pelos conciliadores (policiais, psicólogo, assistente social), e a estrutura orgânica e suas estatísticas, não estavam longe do projeto do Centro de Mediação e Conciliação da Polícia Nacional do Panamá, dada a linguagem universal da mediação.

Ao final do estágio foi apresentado ao Diretor da Polícia do Panamá, que deu sua aprovação. No final de março de 2012, foi feita uma chamada para um grupo de cinco funcionários, que fizeram o curso de pós-graduação em mediação, para trabalhar na formação do centro. O projeto do Centro de mediação pela Polícia Nacional foi entregue à sede de avaliações correspondentes. Durante o estabelecimento do centro, continuaram as pesquisas de informações sobre a Mediação Policial na internet, e quase nada existia sobre o assunto, encontrado algo sobre a Nicarágua, Costa Rica e Vila-real na Espanha.

Solicitadas informações nos e-mails das páginas visitadas, vindo apenas resposta de Vila-real, da inspetora Rosana Gallardo, e do processo de Mediação policial que estava ocorrendo na Espanha. Neste intercâmbio cultural, através da Universidade do Panamá, foi dada uma conferência sobre Mediação Policial aos membros do Conselho de Administração da Polícia Nacional, que ocorreu em 28 de agosto de 2012 e foi a primeira videoconferência internacional a ser realizada na Polícia Nacional, que foi um sucesso. Em abril de 2013, Rosana Gallardo chegou ao Panamá convidada pela Universidade para dar uma conferência sobre Mediação Policial, da mesma forma visitou as instalações da Polícia Nacional do Panamá e da Unidade Preventiva da Comunidade, que é uma unidade policial especializada em entrar em contato comunidade e dentro de sua filosofia de mediação. Embora não se tenha desenvolvido a Mediação Policial, como tem sido concebido e conceitualizado em Vila-real, tem seguido seus passos a Polícia Nacional do Panamá, em direção a essa nova cultura, que todos os dias exige às organizações policiais “uma outra maneira de fazer polícia”.

Silvia Pueblas, em sua apresentação, relatou a experiência da Málaga,¹⁸ uma cidade da Andaluzia, na Espanha, no processo de implementação da sessão

¹⁸ Disponível em: http://www.vila-real.es/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_13717_1.pdf, acessado em 07/04/2019.

de mediação policial na Instituição da Polícia. Em 03.09.2012, aparece no organograma da Polícia Local de Málaga o novo Grupo de Mediação da Polícia, a pedido da demanda da Polícia de Patrulha Local da Cidade, que observaram a necessidade da criação de uma Unidade que proporcionaria aos cidadãos a possibilidade de resolver uma série de conflitos, de uma maneira específica, e que não foram atendidos em definitivo.

No início, este novo grupo era composto por um diretor e dez policiais, que antes foram submetidos a testes de seleção e treinamento, e eles desenvolveram seu serviço compartilhado com as diferentes sedes do corpo até outubro/2013. Ao Grupo foi atribuída sua própria dependência e uma dotação de quatro policiais locais e um diretor que realizam seu trabalho com dedicação exclusiva.

O Grupo de Mediação da Polícia foi criado com o propósito de ajudar a resolver os problemas dos cidadãos de Málaga, conflitos de vizinhança ou coexistência, conflitos ambientais, referindo-se a espaços de uso público, aqueles causados pela exclusão social, causados pela violência latente, aqueles que surgem no ambiente escolar, saúde, que são produzidos por diferenças interculturais, por animais e outros relacionados às funções da Polícia Local.

Foi constatada uma elevada percentagem de mediação policial de forma positiva nos acordos alcançados pelas partes e concluída pelos mediadores. Quando a reunião de mediação termina, é quando o agente mediador informa aos assistentes que haverá um follow-up, a fim de garantir o cumprimento dos acordos alcançados. Em níveis estatísticos, é realizado o controle da Instituição Policial de todos os casos que realiza o Grupo de Mediação Policial. Deve-se notar que, devido ao sucesso do Serviço de Mediação da Polícia local de Málaga, como um serviço ao cidadão totalmente implantado e consolidado, com uma grande aceitação pela sociedade de Málaga.

William Antonio Díaz, em sua apresentação, relatou a experiência na Colômbia¹⁹, no projeto para implementação da sessão de mediação policial na Instituição da Polícia Nacional. Conforme o artigo 218 da Constituição da Colômbia: “a Polícia Nacional é um corpo armado permanente natureza civil, responsável pela Nação, cujo objetivo principal é a manutenção de condições necessárias para o exercício de direitos e liberdades públicas, e para garantir que os habitantes da Colômbia vivam em paz.”

O processo de transformação institucional, começou na década dos anos 90, assumindo a polícia a desmilitarização, atacando a corrupção e o design de um Plano Estratégico para a política de participação do cidadão, a fim de materializar

¹⁹ Disponível em: http://www.vila-real.es/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_13714_1.pdf, acessado em 07/04/2019.

a abordagem do serviço de convivência e segurança do cidadão para comunidade. A participação comunitária foi implementada com programas com a comunidade, e buscando fortalecer os relacionamentos institucionais dos cidadãos em tópicos relacionado ao serviço.

A proposta de Unidade de mediação da polícia a ser implementada como uma nova forma de relacionamento com a comunidade para a resolução de conflitos e problemas de convivência local, tais como: promover a Polícia como agente social e mediador para promover a coexistência; fortalecer os níveis de legitimidade e confiança para a instituição, e melhorar a percepção de segurança e eficiência policial; uso do Planejamento Orientado para a Solução de Problemas POP. A mediação como uma ferramenta eficaz para a solução de problemas, com o cenário para gerenciamento da segurança enquadrado na prevenção e mediação. No projeto são idealizadas: Parcerias público-privadas; Modelo de atendimento ao cidadão; Planejamento de solução de problemas orientada a POP.

As Parcerias Público-Privadas de Acordo com os operadores dos Métodos Resolução Alternativa de Conflitos - MASC usados pela Polícia para avançar no processo de treinamento em questões de mediação (conciliação para equidade). Além dos cenários de participação cidadã para promover os MASC com ONGs, com cooperação dos prefeitos locais para gerenciar espaços para a mediação. O Modelo de serviço de cidadão - MAC inclui a mediação como uma ferramenta fundamental para o relacionamento com o cidadão em tempos de crise. Expandir a concepção do MAC para fazer parte dos procedimentos da polícia, bem como promover a aplicação do MAC, na instituição e, assim, promover mediação.

A proposta de Unidade de mediação da polícia tem como fases de implementação, os seguintes passos: a Criação (aprovação da alta direção; 2. seleção de pessoal e conformação da unidade; 3. iniciar processos de planejamento de atividades; 4. plano de proposta trabalho); a Consolidação (1. Projeto de protocolos e Procedimentos; 2. Ajuste ao Manual de atenção do cidadão; 3. teste piloto “Mediação na solução de problemática no local”; 4. Ajustes ao Modelo e proposta de indicadores) e Projeção (1. Expansão de áreas intervenção; 2. Estratégia de Criação de comunicação; 3. Parcerias Público-Privadas; 4. Incorporação de modelo para a doutrina).

2 Do II Congresso Ibero-Americano de Mediação Policial

O II Congresso Iberoamericano de Mediación Policial, realizado nos dias 13, 14 e 15 de abril de 2016, em Vila-real-Espanha, em sua abertura por Adrián Hierro

Batalla,²⁰ oficial de la policia local de Vila-real, frisou que o primeiro congresso de mediação policial de 2014, se dedicou a conhecer a ferramenta mediação policial e mostrar a experiência em Vila Real- Espanha, considerada como a capital da mediação policial. Esclareceu o que se pretende com os congressos é se identificar os elementos, as capacidades e as habilidades que requerem a mediação policial como uma ferramenta cívica, uma técnica e estratégia para as polícias no século XXI, para se aprofundar em tais assuntos e melhor estruturar a mediação, para a construção da paz e fortalecimento dos direitos humanos, além das trocas de experiências entre as polícias latino americanas.

Na apresentação de José Benlloch Fernández, alcalde de Vila-real, no mundo globalizado os países, ainda que muito distantes, compartilham problemas parecidos, e até comuns, e as respostas a estes estão mais próximas do século 19, distante, portanto, da sociedade globalizada e tecnológica atual. A velocidade do desenvolvimento social vem tornando as novas leis, muito rapidamente antigas e não respondendo às necessidades sociais, e os conflitos entre os cidadãos estão cada vez mais complexos e requerendo uma intervenção especial. Pessoas cada vez mais aglutinadas em grupos sociais cada vez maiores, a economia global incentivando a competitividade, criando difíceis espaços de convivência, com fragmentação social, gerando ainda mais insegurança.

Estamos resolvendo os conflitos da melhor forma possível? São adequados os níveis de convivência? Como numa sociedade tão avançada como a nossa ainda não somos capazes de dar soluções satisfatórias aos conflitos? O mundo será cada vez mais urbano, um fenômeno não apenas da Espanha, mas no mundo como um todo, com a imigração, por motivos de mudança climática e luta contra a desigualdade e a pobreza, estrangeiros com desestrutura familiar, indivíduos que perdem sua identidade de grupo, seus valores, vivendo com a escassez de recursos, usados como um grande recurso na indústria atual.

Os conflitos cada vez mais complexos, e cada vez se multiplicando, e poucas vezes reparando os danos de quem os sofre. No âmbito penal uma grande crise de legitimação com a judicialização massiva dos conflitos e a insatisfação social é cada vez maior, com os cidadãos como tutelados e desestimulados a resolver seus próprios conflitos, e a diminuição da ação por parte das estruturas de controle social primário, como a família e a religião.

No Primeiro Painel do congresso denominado “Construcción de Paz, Derechos Humanos y Relaciones Positivas”,²¹ do Professor Fernando Montiel Tiscareño, do México, para quem em sua apresentação a primeira vítima de violência e de

²⁰ Disponível em: https://m.youtube.com/watch?v=l5GMnVxa_s8, acessado em 05/04/2019.

²¹ Disponível em: <https://m.youtube.com/watch?v=hL6t4wjR47A#fauxfullscreen>, acessado em 05/04/2019.

atitudes medianas frente ao conflito é a paz. O estado de guerra é que move o homem segundo vários estudiosos de ciência política, tanto que nas ciências sociais estão sendo desenvolvidos programas para estudos sobre a paz, importantes, neste atual estágio da sociedade, sombrio, e que reflete um futuro sombrio. Avançar para tratamentos especializados e focalizados, no que hoje se reflete nos meios alternativos de resolução dos conflitos, assim como em processos de comunicação não violenta, ferramentas alternativas que não escondam a violência, mas que possibilite visualizar suas causas e explorar os potenciais de paz.

Os serviços sociais são por excelência promovedores da paz, porque focam na solução dos problemas do outro, com empatia e sem distorções culturais, com ideais inclusivos, com profissionalismo, e com perspectivas para o futuro para construção da paz. Devemos encarar as dificuldades que os corpos de segurança do mundo vêm enfrentando, principalmente no fator corrupção, e promoção da ordem pelo terror. Corpos de segurança de vários países estão fraturados, assim como no México.

A fragmentariedade da instituição policial prejudica na introdução de um modelo de medição policial, e por isso o ideal é partir de serviços municipais. A mediação policial traz, para a própria instituição policial historicamente, como mudar a percepção que tem a própria sociedade sobre os corpos de segurança, que tem por missão o dever de cuidado desta mesma sociedade. Inicialmente, recuperar a mística do serviço público de servir ao público. A tarefa da polícia é afastar o medo, trazendo a confiança daqueles que protegem. O professor em sua palestra informou que no México a mediação policial não funciona porque falta diálogo e comunicação, mas que não faltam recursos. Com a militarização das polícias no México vem promovendo e mudando o diálogo para armamentos e equipamentos de guerra, um contrassenso para a promoção da paz. Corpos policiais militares não são incentivados a promover o diálogo e conseqüentemente a própria mediação policial.

Na apresentação “Diálogo y conflictividad social”, de Alejandro M. Nató, advogado mediador especialista em gestão de conflitos públicos, de Buenos Aires-Argentina, que trouxe experiências de trabalho com a polícia local de seu país, em especial o trabalho de qualificação dos futuros policiais promovida na Academia de Polícia local de Quilmes, sobre mediação comunitária. A mesma capacitação foi realizada em Montevideu-Uruguai, com o apoio da Oficina Nacional de la Policia Comunitaria. Um modelo mais flexível de policial do que o tradicional.

Destacou a importância da ação conjunta entre o município, vizinhos organizados com centros de ação comunitária e com a própria polícia comunitária. Neste aspecto está se condensando as relações, porque as cidades modernas são urbanizadas e promovem a individualidade, necessária a integração e o resgate da

pessoa como um cidadão, com responsabilidade política e social. A ideia multi-dimensional compatibilizada para alcance dos objetivos e aspirações desejadas.

A mediação vem como uma forma de criação de um espaço de trabalho em rede, visando precipuamente a construção e manutenção da paz. Tudo em um plano integral e integrado em rede, trabalhando as diversas estruturas sociais urbanas, nesse cenário de urbanização e massificação. A visão voltada para evitar a violência e não o conflito, e a promoção pelos meios de comunicação da violência, a exploração da violência. A mediação de conflitos visa justamente a promoção da solução do conflito, para que se evite a violência.

Na apresentação “Los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario como plataforma universal de al Mediación Policial”, por Willington Zambrano Rivera, comisionado Inspector General de la Policía Nacional de Panamá, trouxe um panorama geral da polícia do Panamá, e mudança dos militares que se transformaram em policiais, e sobre a aplicação dos direitos humanos e das disposições das Convenções de Genebra. Entendendo que os direitos humanos são um ponto em comum entre os países que são signatários da Declaração Universal de Direitos Humanos, tendo em vista que a própria formalização de uma declaração somente foi possível com um consenso sobre seu conteúdo. E portanto, os direitos humanos e o direito internacional humanitário possibilitam a mudança para um mundo melhor, e que as operações policiais/militares em que se tenha violações de direitos, ainda que cumpridos os objetivos operacionais devem ser entendidas como fracassadas.

O ponto mais impactante da experiência do palestrante foi quando em curso de formação lhe foi proporcionado o contato direto com pessoas que fazem parte dos chamados grupos de vulneráveis, e portanto, dada a importância de se ter conhecimento direto da experiência passada por tais pessoas, narradas por elas mesmas, o que também é proporcionado pela mediação policial. Foi-lhe proporcionado um efetivo contato com a realidade vivida por essas pessoas, e o reconhecimento e entendimento policial desta situação, rompendo paradigmas.

Relatou também o palestrante sobre sua experiência no centro de mediação da Colômbia, em 2013, agregando relações, emoções e confiança voltadas para instituir a mediação policial em seu país, que é uma ferramenta que não só empodera a sociedade, mas também é chave para levar a melhora de todas as pessoas que estão envolvidas na solução do conflito. Este último assunto tratado como: “Prácticas Restaurativas: venganza, justicia o restablecimiento de las relaciones a través del empoderamiento de los mediados.”

Para Rosana Gallardo Campos - Inspectora de la Policia Local de Vila-real y Coordinadora Unidad de Mediación Policial UMEPOL, com a globalização as fronteiras de nosso mundo estão desaparecendo, o que requer abertura e culturalização,

um processo que permite a influência por outras culturas para compreender a lógica interna dos diferentes, o que permite nos relacionarmos com respeito e dignidade. Podemos formar uma equipe de policiais que com suas atitudes poderiam formar uma mudança com fórmulas distintas dos tradicionais métodos adversárias, que acirram as desigualdades econômicas e sociais, um processo sábio que gerará benefícios a todos os envolvidos, com estratégias para a paz.

Nesse sentido foi a apresentação “Interacción entre Policía y Organizaciones de la Sociedad Civil en defensa de categorías vulnerables de personas: sinergias y experiencias interamericanas y europeas”, por Luís Jimena Quesada, Catedrático de Derecho Constitucional y Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales - CEDS del Consejo de Europa, falou sobre os mecanismo de defesa de direitos humanos judiciais e não judiciais, em especial os preventivos, como a polícia como defensora e agindo em prol dos direitos humanos como uma vocação em meio a diversidade resultante da globalização. Para que haja respeito no âmbito interno, temos que ter respeito no âmbito doméstico, e formações que foquem o intercâmbio de informações para os casos que envolvam vulneráveis.

Nesses casos há envolvimento de direitos fundamentais e a normativa internacional integra a legislação interna para abranger essa questão intercultural, de respeito à diversidade cultural. A polícia, que por uma vocação é uma profissão voltada a sociedade civil. Compartilhar esta diversidade e esse pluralismo agregando a comunidade local. Trouxe o palestrante casos de segregação ocorridos na Itália, em que os próprios nacionais estavam sendo segregados por falta de acesso à documentação, e expulsos de seu território nacional violando regras de direito internacional, e também trouxe o caso de imigrantes que viviam em centros/acampamentos, as chamadas cidades de solidariedade, que em razão de um pacto de segurança etiquetavam as pessoas para terem acesso a tais centros, remetendo-se a ideia dos campos de concentração e em ambos os casos a Itália foi penalizada pelo Comitê Europeu.

Violação de princípios internacionais como as expulsões coletivas de pessoas búlgaro e romana, promovidas pela França que foi condenada em 2011 pelo CEDS, em que deveriam se analisadas as expulsões caso a caso, em que deveriam ter um programa de inclusão ou integração, ou até mesmo comunicação com o país de origem dessas pessoas para uma melhor solução ao caso. A polícia e as autoridade públicas possuem uma responsabilidade qualificada para esses casos porque não podem agir com passividade ou inatividade, o que gera uma responsabilidade agravada, porque se tem nesses casos pessoas vulneráveis e quando a polícia não intervém e não atua e acaba infligindo em também violação de direitos humanos ainda maior contra tais pessoas. Promover o Diálogo judicial global é ser

coerente com a ideia de incentivo das garantias primárias e preventivas, como a polícia, buscando um diálogo pré-judicial com a mediação.

Ouvir várias perspectivas de um mesmo fato, também é função da polícia, assim como deve aceitar as críticas para crescer institucionalmente, foi que esteve presente na apresentação “Relaciones de respeto para una buena convivencia”, por Mamadou Dia, activista de Derechos Humanos, do Senegal, possibilitando ouvir vozes que normalmente não são escutadas, dos vulneráveis que vão em busca do sonho de crescer como ser humano, e o contato com outras culturas e outras realidades sociais, traz uma abertura e superação de paradigmas de sua condição como ser humano. O enfrentamento de fronteiras tanto físicas como morais, crescer juntos em qualquer lugar do mundo, superando a exigência de documentações que segregam pessoas “pobres” limitando ainda mais sua experiência e possibilidades de desbravar o mundo.

O uso de campos militares para recepção dos imigrantes e refugiados, assim como a criação de centros treinamentos para estrangeiros, trazem uma experiência que vem remetendo aos campos de concentração. São os povos civilizados tratando seus semelhantes desta forma? Não permitir o acesso intercultural e a liberdade de autodeterminação, é atualmente o grande desafio mundial. Desumanizar o humano, que é um animal social e naturalmente desbravador de novas experiências, impedir relações sociais e o direito de locomoção com tantas restrições burocráticas nesse mundo globalizado. Quantas vidas ainda serão perdidas no meio desse caminho? Como proporcionar um caminho para que todos cresçam dignamente? Não somos máquinas, erramos e nos equivocamos, e essas são as oportunidades para aprender e crescer como humanos, o direito de se desculpar pelos erros passados e recomeçar, sempre por um futuro melhor. A mudança é possível, basta crer e querer.

A busca de um mundo melhor, pela prevenção, diálogo e respeito absoluto dos direitos humanos, para avançar na convivência pacífica, é uma tarefa nada fácil. No “Panel IV: Hacia El Cambio, El Camino de La Mediación Policial”, foi realizada mesa redonda sob tema: “El proceso de implementar la Mediación Policial”, como os expositores policiais locais, autonomicos e nacionais da Espanha:²² Ainhoa Abril García, Salvador Fuentes Navarro, Diana Sanchis Gordo, Amador Cerisuelo García, Francesc Xavier Pastor, Diego Camacho Ortega, Juan Antonio Cruz Parra, moderados por Helena Pérez Beltrán, Cátedra Mediación Policial.

Ainhoa Abril García, agente de la policía local de Almozora, vê a policia associada normalmente a práticas antidemocráticas e por abusos. Quando se fala sobre mediação como também uma função policial, causa estranheza aos cidadãos

²² Disponível em: <https://youtu.be/FCPcWNUGxl>, acessado 06/04/2019.

que estão passando por situações de modernização, e ainda veem a polícia atuando com práticas obsoletas e ultrapassadas. Necessário revolucioná-la de acordo com as mudanças sociais que estão ocorrendo. A polícia é o maior socializador social, e seu trabalho preventivo é o seu aspecto mais importante para mudar a sociedade na solução de conflitos, pois a paz se constrói todos os dias. Portanto, melhorar o contato com o cidadão e oferecer um melhor serviço público.

Salvador Fuentes Navarro, agente de la Policía Local de Benalmádena, que teve formação inicial como instrutor de tiro policial, e quando foi apresentado a mediação policial acrescentou ao seu aparato uma nova ferramenta que trouxe humanidade, valores e oportunidades para sua carreira policial. Relatando sua experiência de mediação policial em seu município, diz ser necessário que os políticos, chefes e policiais se apliquem nesse propósito. Necessário desaprender alguns vícios profissionais para aprender novas ferramentas, realizar intervenções informais, mas oficiais, e a experiência tem mostrado que essa atenção que se direciona as partes com uma escuta ativa, nesse processo, traz muito contentamento de ter sido escutado, e que muitas vezes as partes nem desejam uma intervenção, mas apenas a escuta. A satisfação pessoal é imensa como policial a serviço da cidadania.

Diana Sanchis Gordo, agente de la Policía Local de Benifaió, que dá andamento em projeto de mediação policial em sua localidade com cinco meses de funcionamento. O principal fator é de que a comunidade passa a ver a polícia como uma solucionadora de seus conflitos e como uma instituição que funciona. A medida que foi se apresentando o projeto e sua implementação, a princípio, em municípios pequenos, mas que têm expandido o projeto. As maiores dificuldades apresentadas é que poucos agentes aplicam a mediação policial e que são os mesmos que realizam as patrulhas, e que tem que investir tempo particular da vida pessoal para desempenho das atividades. Assim como, a dificuldade de convencimento de mais policiais acostumados com as técnicas tradicionais de abordagem imperativas, que ofereceram resistência a agregar a mediação como uma ferramenta a mais em seu arcabouço. Foram muitos os ganhos com o uso da mediação, principalmente como profissional que aborda o conflito de outra forma.

Amador Cerisuelo García, agente de la Policía Local de Vila-real, desde 2004 tem experiência em mediação policial, que tomou conhecimento da mediação nos conflitos rurais, e seu maior valor agregado neste trabalho foi que a mediação também é uma forma de se fazer polícia.

Francesc Xavier Pastor, inspektor Mossos d'Esquadra en Barcelona, explicou por que a polícia autonômica resolveu pela mediação, em 2012, em Catalunha e Barcelona iniciaram os trabalhos para sair de uma polícia clássica para aplicar ferramentas da modernidade nos corpos policiais. A sociedade com vários líderes

sociais e representantes, manifestantes e ativistas por várias causas que exigiam da polícia uma mobilização diferenciada no trato com tais grupos. Viviam em dois mundos assimétricos, o mundo real e o mundo policial, que não estava satisfatório por não estar sendo bem visto pela sociedade, e que tinham que melhorar. E após debate interno e profundo na instituição buscaram modelos estrangeiros, como da polícia sueca e que com essa base teórica se adaptaram às condições da polícia de sua localidade. Um modelo que não foi fácil de agregar, principalmente pelos aspectos culturais. Uma polícia próxima e que busca no acordo, e na palavra, a solução de conflitos, ao invés da tradicional atitude de violência e força como poder legítimo de aplicação dura da lei.

Diego Camacho Ortega, oficial de la Policía Local del Puerto de Santa María, possui dois anos de experiência na mediação policial, e que tinha inquietude pessoal de como poderiam ser resolvidos os conflitos com a mediação, que foi elucidada com a realização de curso de especialização sobre o assunto pela Instituição. A mediação é uma ferramenta em que o policial vai além do sistema clássico e precisa ter muita coragem para mudar de seu paradigma inicial, para uma polícia de proximidade e de solução dos conflitos. Pessoalmente se sente afortunado por participar do futuro da polícia do século XXII, e o que lhe importa são os resultados alcançados com a intervenção policial.

Juan Antonio Cruz Parra, inspector Jefe del Cuerpo Nacional de Policía en la Jefatura Superior de Andalucía Oriental, desde 2010. O objetivo era que a polícia tomasse parte dessa matéria de mediação para que as partes chegassem a uma solução, que foi decorrente da própria reforma do Código Penal Espanhol, e a polícia se aproveitou desse motivo fundamental para honrar o Processo Penal. E o mediador nesse caso está voltado aos delitos leves, assim como para o perdão do ofendido que foi incentivado na legislação espanhola, estando em consonância a promoção pela polícia, com a reforma legal. Na Espanha, se tem um campo, nesse sentido, cada vez mais amplo.

Em continuidade do IV Painel, na apresentação “El mediador policial y su deber ético como servidor público”, pelos expositores Coronel William Antonio Díaz Correa e Coronel Yed Milton López Riaño, de la Policía Nacional de Colombia.²³ São os grandes precursores da mediação policial na Colômbia, assim como de sua manutenção naquele país. Entendem a mediação como uma grande revolução. Fizeram uma breve exposição da situação do país e da polícia. A busca de uma polícia mais humana e eficiente, na inovação, mas resgatando dentro de cada policial, que já leva dentro de si a mediação, a reflexão sobre o que é o

²³ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=oMIsOOXD89Q>, acessado em 06/04/2019.

servidor público policial, que deveria ter um componente ético que lhe vincula ao diálogo, a mediação e solução de conflitos humanizada.

Como deveria ser o mediador policial? Essencialmente, deve ter o diálogo. É parte da construção social, e todo o sofrimento humano nasce com a conversação e desaparece com ela. Diálogo é buscar a entender o outro antes de impor alguma ideia, e pela ética é querer saber o que pensa o outro, é a curiosidade sobre o outro, criando uma consciência comum. Mudança de um parâmetro punitivo, para um papel colaborador na solução de conflitos. Mediação é um processo de sedimentação ética. Explicitou que na Colômbia tem uma hierarquia verticalizada fortemente instalada na polícia, mas o comando da instituição vem promovendo uma atualização nesses conceitos, buscando a transparência e ética, de uma segurança tradicional, para uma segurança cidadã. Uma visão diferente de fazer polícia muito mais ético. Uma dívida e responsabilidade com a sociedade, por serem os policiais servidores que trabalham para as pessoas desta sociedade.

Como fazer para que a mediação policial seja uma cultura dos corpos policiais? Ter a mediação como uma cultura da própria Instituição. A Colômbia tem um histórico de violência, onde se tem guerrilhas, e o que lá se está vivendo é um processo de paz com diálogo. Um processo de paz exige muitos esforços humanos para reconciliar, perdoar, e a mediação é um espaço para este viver distintamente. Começando pela polícia uma nova cultura de paz, para prevenção de delitos e solução dos conflitos. A Polícia Nacional da Colômbia está direcionada para essas novas perspectivas de ressignificação, com responsabilidade enorme e ao mesmo tempo possibilidades de aprender cada vez mais. Encarando tal desafio como uma forma de proporcionar uma melhor sociedade para seus próprios cidadãos, e formar um policial distinto com tais atributos.

Na apresentação “Mediación Policial en la acción, toma de posesión”, pelo Capitão Paulo Henrique da Silva Barbosa, de Rondônia, Brasil, que se formou em 2014 em mediação policial em Vila-real-Espanha, explicitou sobre as lutas latifundistas entre conglomerados empresariais, agricultores e indígenas. Expôs os problemas do país, como ocupações irregulares de solo urbano e conflitos rurais por movimentos sociais, e a ação da polícia no cumprimento de mandados de reintegração de posse, pelo uso da força gerando ainda mais conflitos sociais, em um cenário de luta.

Em fevereiro/2015, teve primeiro caso de sucesso, em que atuou em uma desocupação de mais de 250 famílias que ocupavam um prédio público, que do ponto de vista humanista, o uso da mediação policial em detrimento da força foi o meio que deu solução a este conflito, envolvendo outros órgãos públicos que auxiliaram no apoio às famílias. Em um segundo caso, relacionado a uma área do

governo federal, de 700 famílias, que também se obteve êxito com a reintegração de posse humanitária.

Na apresentação “Visión del mundo policial para la implementación de la Mediación Policial”, por Coronel Carlos Humberto Rojas Pabón, de la Policía Nacional de Colombia, apresentação feita em três etapas sobre uma prática exitosa na mediação policial, os resultados e as perspectivas de futuro. A visão dos cinco pilares da polícia de ser mais humana, íntegra, disciplinada, inovadora e efetiva, que estão em consonância com a nova perspectiva de polícia com a ferramenta da mediação policial. Segurança pública o maior número de capturas/prisões não leva a uma melhor polícia, a prevenção é a melhor articulação para que as polícias não trabalhem sozinhas ou individualizadas, já que é crescente a onda criminosa, que se intensifica com o passar do tempo.

Análise integral de segurança (AISC) e convivência para se chegar a uma análise da completude daquela localidade, para que se tenha um avanço no trato da segurança, saber quais as estratégias são necessárias de serem implementadas tendo em vista os problemas sociais reconhecidos. Para se promover uma integração interinstitucional de todas as autoridades, de toda a administração direcionada a suprir as omissões. Análise da problemática social para se chegar a um diagnóstico do AISC. Possibilita ter clareza do que exigir da administração pública, da polícia e da comunidade. Não necessitamos de instituições ou agentes públicos protagonistas, mas da priorização no trato da comunidade, e o que se está construindo em prol desta comunidade. O ideal do policial e a polícia ideal.

Quando praticamos humanismo individualmente ele fluirá pela instituição, e quando se divide o fardo da insegurança com todos que compõe da instituição, todos são instigados a promoverem solução aos problemas. Mudar o cenário de pobreza como sinônimo de insegurança, interagir e conhecer todas as realidades da comunidade. Foi idealizado na Colômbia um plano piloto para a Segurança Pública, acompanhados da instituição Câmara de Comércio de Bogotá, em especial a capacitação e formação para melhora na qualidade do serviço, em especial a formação para mediação policial, para torná-la uma realidade naquele país, inicialmente no município de Soacha - Cundinamarca.

O mais importante foi a mudança de atitude para mostrar aos policiais que constituem a instituição de que a polícia estava com a perspectiva de transformar e de construir uma sociedade sólida como marco do “Modelo Nacional de Vigilancia Comunitaria por Cuadrantes” (MNVCC), que possui o fim de empregar a mediação policial de maneira uniforme como uma ferramenta inovadora e transformadora no manejo das controvérsias sociais e interpessoais, com a gestão do talento humano policial, mas trabalhando em equipe com as demais instituições públicas na construção de uma cultura de paz. Diante desse cenário foram implantadas 03

oficinas de mediação policial em Soacha, além da patrulha e oficina mediadora móvel, que desempenham seu trabalho desde 2012.

A falta de treinamento direcionado para mediar faz com que o próprio policial seja um ampliador do conflito com sua postura não direcionada a resolver o conflito, mas de aplicador tão somente da lei, mesmo que a mediação seja uma qualidade do ser humano. Os impactos provocados pela mediação nas autoridades político-administrativa foram de melhor articulação a instituição de protocolos institucionais, trabalho em equipe, coordenação conjunta, complementaridade, coresponsabilidade e sinergia institucional, para que todos ganhem, direcionando esses ganhos para impactar a comunidade. Nas estatísticas de homicídios, de violência por intolerância social (violência a filhos, e filhas e adolescentes; e na violência entre casais e entre outros familiares houve uma redução de mais de 50% de 2014 para 2015), teve um impacto com a redução de tais condutas após a prática de mediação policial em Soacha. Na articulação com as demais instituições, houve a redução no atendimento em hospitais sobre atos violentos. Em 2016 a perspectiva é de ampliação para mais vinte municípios de Cundinamarca dos serviços de mediação policial.

Foram implementadas como linhas de frente para a prevenção com a mediação policial: visitas de intervenção e seguimento a lesionados em hospitais e necrotérios; visitas de acompanhamento a famílias que tenham sofrido homicídio e tenham vítimas de lesões por intolerância social; intervenção de equipes interinstitucionais de profissionais para tratar o tema da violência familiar, porta a porta, com o acompanhamento do grupo de prevenção e mediação policial fornecendo apoio interinstitucional para prevenir crimes decorrentes dos conflitos de família; cruzamento de informações com o fim de atender e intervir aos pacientes que tenha ingressado de forma deliberada nos centros médicos de saúde por brigas e intolerâncias, os quais apresentam no país um alto nível de conflitividade; intervenção ativa e seguimento permanente as pessoas que tenham sido judicializadas de forma reiterada por lesões por causa de violência intrafamiliar e quando presente um comportamento conflitivo crítico. Incentivado pelos órgãos públicos de educação, também está sendo realizada a implementação da mediação no âmbito da educação, inspirada na mediação policial.

Na apresentação “Alianza publico & privada en la implementación de la Mediación policial: la experiencia en Colombia”, Freddy Forero Gómez de la Cámara de Comercio de Bogotá, informou do que se trata a Câmara de Comércio de Bogotá, que realiza todos os registros de empresas do país, mais de 380 mil, e que focam em atividades estratégicas na cidade em que está instalada, tendo gerado convênio com a Polícia Nacional sobre a mediação policial, por visar conceitos de prosperidade e melhores condições para os empresários, que influem

na articulação de políticas públicas. As estratégias do setor empresarial para o marco de construção de paz, com fortalecimento da percepção de segurança no país. Como pré-modelo de mediação policial foi apresentada a re-conceitualização, validação e aprovação final de um pré-modelo com a Polícia Nacional, e avançamento e aprofundamento do modelo nacional de vigilância comunitária por quadrante, em trabalho com o comitê técnico da Polícia Nacional, para passar para uma fase de efetiva cooperação e ampliação da mediação policial no país.

Na apresentação “Mediación Policial, una idea cuyo tiempo ha llegado”, Johan Galtung de Noruega, experto mundial en resolución de conflictos,²⁴ falou da importância dada aos crimes na sociedade atual tidos como escândalos ou tragédias pela mídia, que são bons para uma cultura de expor os problemas, mas não incentiva uma cultura de soluções, e que os fenômenos de tribunal e prisão estão relacionados, muitas vezes, a lutas de classes sociais, com a distância social. A polícia sempre concebida como uma ideologia da classe alta, que aumenta as desigualdades sociais, vem re-posicionando seu foco em uma prevenção individual e geral com a mediação policial, mas que não se deve eliminar a atuação dos tribunais, que merecem uma mudança de foco também.

Trouxe o palestrante o modelo japonês de mediação, em que se tem muitas oficinas de polícia por cada bloco, menor que um bairro, e em cada um há uma sala de mediação, com oportunidade de se dissolver os conflitos. Na sala de mediação a polícia se mostra consciente de estar ali para ajudar, e articulam o problema para que com a polícia se ache a solução. Mas o ideal seria que se fizesse essa intervenção antes da violência se efetivar. O policial amigável e mais velho de 50/60 anos, com um rosto gentil e suave que brilha paz, faz a mediação e os jovens policiais de 20/25 anos são aqueles que levam as pessoas para a sala de mediação. O ecletismo japonês, para um cenário de baixo índice de crimes.

O palestrante definiu conflito: não é violência, é incompatibilidade de objetivos. Como se pode resolver? Com compatibilidade, não manipulando os objetivos. A personificação do conflito é o ódio que vira violência. Não impor, mas propor, para que as partes pensem sobre o problema, pelas suas possibilidades, propor algo novo, mas nem tanto revolucionário. Deve-se traçar o mapa do conflito com o diálogo, perguntando, abrindo a possibilidade das partes falarem, apurando objetivos legítimos em seus pontos positivos e negativos. Na resolução do conflito o êxito pode se revelar um fracasso e vice-versa, deve-se entender cada contexto que se dá o fato, existindo, portanto, forças e contra-forças.

²⁴ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TSBWljaVm6M>, acessado em 16/04/2019.

3 Do III Congresso Ibero-Americano de Mediação Policial

O III Congreso Iberoamericano de Mediación Policial, realizado nos dias 21, 22 e 23 de março de 2018, em Vila-real-Espanha, em sua abertura²⁵ por Adrián Hierro Batalla, oficial de la policía local de Vila-real, frisou que é necessário um novo conceito de segurança, que se ocupe dos seres humanos, da paz e não da violência, uma grande transição para uma cultura de diálogo, conciliação, aliança e paz, são os novos modelos sociais a que a polícia deve se adaptar. O conhecimento não está restrito a qualquer autoridade ou instituição, mas deve ser compartilhado para gerar ideias e experiências, para serem reproduzidas nas localidades daqueles que tiverem acesso a esse conhecimento para construção de um mundo melhor, esses foram os principais objetivos deste congresso.

Na conferência “La mediación policial, función propia en el texto de la Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de la Generalitat, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad Valenciana”,²⁶ de Ángeles Navarro Gosálvez, jefa del Servicio de Formación en Seguridad y Emergencias. Em 2010, houve um curso de especialização em mediação dentro dos cursos de formação de policiais, inicialmente promovendo cursos de formação básicos, e após cursos de especialização de mediação.

Em 2016 foi feito um convênio com cinco universidades locais valencianas para que as universidades também promovessem o curso, e criasse um título de especialista para os policiais em áreas importantes para a polícia e a sociedade. Inicialmente se fez um convênio específico como um curso contínuo para especialista de mediação, com docência, pesquisa e desenvolvimento em mediação policial. Chegando a um curso semipresencial, em que a parte presencial é mais explorada a prática, e que vem gradativamente aumentando sua carga horária para maior qualificação prática e teóricas de seus participantes.

Em 2017 não havia legislação sobre a mediação policial, nenhuma lei realizava uma referência a mediação policial na Espanha, e no artigo 33 da lei valenciana 17/2017 foi a primeira a prever como função da polícia a gestão de conflitos. Foi colocada pela palestrante a necessidade de se criar formulários e protocolos para a função de mediador policial, para que pudesse ser usada em localidades que não se tem polícia local, e com isso não se tem um departamento próprio para se fazer a mediação policial, em que então, o policial especialista estaria apto a atuar naquela localidade, mas é uma questão que depende de regulamentação desta nova lei.

²⁵ Disponível em: <https://youtu.be/5Ac2l7NPiRs>, acessado em 17/04/2019.

²⁶ Disponível em: <https://youtu.be/3fJJSbcbLI8>, acessado em 17/04/2019.

No Painel III “Lineamiento doctrinal y operacional de la mediación policial en los cuerpos de policía” apresentado por Rosana Gallardo Campos, inspectora policial local de Vila-real, na mesa redonda “El proceso de implementar una unidad de mediación policial”²⁷, teve como convidados policiais, que representaram sua localidade em que foi instalado o serviço de mediação policial, para que contassem sua atuação. A moderadora Helena Pérez Beltrán, técnica de la Cátedra de Mediación Policial Ciudad de Vila-real de la UJI, conversou com policiais de treze municípios da Espanha, na edição do congresso de 2016 eram cinco municípios com mediação policial.

Moisés Muñoz Barreda, inspector jefe de la Policía Local de Segorbe, unidade criada em janeiro de 2017, o foco da polícia local são os problemas rurais, mas que tinha uma abordagem sem uso de uma técnica adequada, e com a formação em mediação fez-se uma unidade com quatro agentes policiais, e se passou a dar uma resposta aos cidadãos que antes em muitos casos não se tinha. A falta em nossa sociedade de um cultura de mediação e diálogo faz com que se tenha a necessidade de apoio de viés político para se implementar as unidades nas localidades, e a população acreditando neste serviço, passa a procurá-lo e fomentá-lo como uma nova cultura de paz.

Javier Rodríguez Sánchez, cabo jefe del Gabinete de Mediación UNIMOS de la Policía Local de Móstoles, mais de 200 mil habitantes, a unidade especializada UNIMOS criada em março de 2016, apostando na mediação como uma das principais ferramentas de prevenção e intervenção. Propondo uma mudança de cultura interna na estrutura organizativa policial. Os principais casos são os conflitos entre vizinhos derivados de procedimentos judiciais e administrativos, mas a reclamação para a mediação pode ser feita por qualquer meio inclusive redes sociais. As maiores demandas de mediação que possuem são de casos já julgados e sentenciado, as pessoas não recebendo a resposta esperada ou tendo recebido uma resposta, recorrem a mediação policial como último recurso, com casos que chegam de 5 a 10 anos de conflito. Estudam o problema em um prazo máximo de 5 dias e buscam resolvê-lo dentro de um mês, mas o procedimento é flexível e pode ser ampliado.

Emilio San Lorenzo Moreno, cabo responsable del operativo UMA de la Policía Local de Alcobendas, desde fevereiro de 2017, ao norte de Madrid, vem desenvolvendo o serviço de mediação com nove policiais que acumulam este serviço com sua atuação policial. Relatou que a busca da equipe nunca foi quantidade, mas sim oferecer um serviço de qualidade e conforme a demanda foi crescendo em um ano tiveram 72 solicitações e o resultado a longo prazo de solução dos conflitos

²⁷ Disponível em: <https://youtu.be/57J7x6bnQ2k>, acessado em 17/04/2019.

foi de 65%, e conforme os mediadores vão ganhando experiência progridem na aplicação das ferramentas da mediação. Desejam aumentar o quadro de agentes formados, e que cada policial formado pode ampliar suas atividades também para a mediação, e contam com 44 policiais já formados. Sobre as mediações familiares são coordenadas com os serviços sociais, a base de mediação aplicada é a mediação comunitária, assim como o assessoramento para esclarecimento legal, assim como orientação para encaminhamento dos casos não mediáveis.

Jesús Miguel García Guerrero, subinspector jefe de la Policía Local de Puente Genil, de março de 2016, formou a unidade com 4 agentes policiais. O maior interesse foi formar chefes como referência para o restante do corpo policial sobre mediação policial, porque inicialmente tinha mais vontade e coração do que técnica e pessoal formado para compor a unidade, e a qualificação profissional daqueles que passaram pelo curso tem uma melhora na qualidade do serviço. Passaram a ver a mediação na prática como algo mais amplo, mas o objetivo é trabalhar uma mudança de paradigma da própria instituição policial, a mediação verticalizada como algo que forme parte dos corpos policiais.

Jordi Fuster Monzó, oficial de la Policía Local de Ondara, de Alicante, criada em janeiro de 2018 a unidade de mediação policial, e que a maioria de seus casos são conflitos de vizinhos, em que se leva a atenção ao conflito e as partes, diferente do conceito tradicional de intervenção policial. A aprovação da lei valenciana trouxe uma legitimidade ainda maior a atuação policial. Contam em sua localidade com 20 policiais mediadores, com conflitos urbanos sobre animais e ruídos, e rural com questões sobre divisão de terras. Muitas pessoas dizem que tinham um problema e que não queriam denunciar, porque não queriam colocar em discussão seu caso por não acreditar em uma resolução ao seu problema. A mediação policial reconstrói o diálogo perdido, assim como o respeito e a igualdade para que as partes cheguem em um consenso satisfatório, para que ganhem as duas partes. O mais importante é o interesse, treinamento, motivação dos policiais na vontade de mudar o contexto policial, e sua inspiração é o projeto de Vila-real que tem demonstrado grande êxito.

Mariya Ilieva Orlekshkova Tsvetanova, agente de la Policía Local de Torre Vieja, a unidade de mediação policial conta com dois agentes, mas com dedicação exclusiva, criada em outubro de 2016, tem atuado com 89% de solução dos casos favoráveis que lhe são propostos, além de encaminhamentos a convênios e colaboração da sociedade civil. A mediação em um município que detém uma taxa alta criminalidade, para a polícia desta localidade falta organização e motivação, e que é muito difícil para a agente como responsável pela mediação policial na localidade convencer aos companheiros de que essa é a ferramenta da polícia do século XXI, e gerar uma ampliação dos serviços em que superiores não apoiam e nem

se opõe a sua prática. Tem sido um projeto que se mantém com os esforços da agente, e o mais gratificante é a atuação da unidade com reflexos na população que passa a procurar os trabalhos, e fica satisfeita com os resultados. Além do trabalho na unidade, a formação dos policiais de patrulha em mediação contribui em muito em sua atuação, e efetivamente vem se mostrando como uma ferramenta a mais em seu serviço.

Josep Cunillera Batet, cabo de la Policia Local de Torredembarra, com aproximadamente 15 mil habitantes, em março de 2017 tiveram um decreto de que todos os centros de mediação devem estar implementados até 2020, mas na localidade o projeto está voltado as escolas, assim como os advogados também tem incentivado a mediação. A unidade de mediação policial foi formada na localidade por três agentes policiais, e a força de vontade pessoal do Cabo, em buscar formação, que tornou possível a unidade na localidade, mas os companheiros inicialmente não acolheram essa mudança de paradigma, apenas com a constatação da efetividade dos serviços que passaram a contribuir com seu trabalho.

Venancio Enrique Aviñó Campos, inspector, y Antonio Gutiérrez Álvarez, oficial de la Policia Local de Torrent, com aproximadamente 80 mil habitantes, a unidade se criou em julho de 2016. Após a explicação do procedimento as partes, apenas resta aceitar ou não os mediadores policiais que se apresentam, os serviços de mediação é algo natural no serviço policial.

Um grande desafio foi que após a formação o Ministério da Justiça exigiu que as instituições mediadoras se registrassem, e o inspetor e oficial se inscreveram após inúmeras exigências para pertencer ao registro de mediadores institucionais. Percebeu que esta medida é porque alguns coletivos ou representantes de seus coletivos não desejam que os policiais integrem esse registro, e por tal motivo intensificaram as exigências, ao invés de incentivar a proliferação da mediação a serviço da sociedade. Na mediação penal que a unidade vem realizando vem gerando benefícios penitenciários para os agressores, além de uma abertura de novas perspectivas para vítimas, quando se consegue um acordo reparador.

Ximo Moreno Molina, oficial Policia Local de Onda, com 25 mil habitantes aproximados, em 2016 a policia local cria a unidade de mediação policial, inicialmente por um grupo de dois policiais e duas assistentes sociais com o objetivo de atacar os conflitos de vizinhos e comunitários em seu plano inicial. Atacando o problema por vários vieses ou em conjunto com os serviços sociais e a polícia. O oficial com 25 anos de carreira queria intensificar o uso da mediação que a polícia naturalmente faz em seu dia-a-dia policial. Com o trato diferenciado aos mediados, as pessoas passaram a tratá-lo de forma diferenciada, já que não lhes via apenas como um policial, mas como alguém que poderia ajudá-los a solucionar efetivamente seus problemas. Aos olhos de muitos são tidos como pequenos, mas que

aos olhos policiais é algo que poderia se intensificar e gerar chamados a polícia contra os atos preventivos à violência.

Carlos Duet Fontestad, agente de la Policía Local de Sagunto en Valencia, em janeiro de 2018 implantou o serviço de mediação, a maior dificuldade foi a divulgação do serviço, tendo como casos atendidos, em especial, problemas de vizinhança e que em acompanhamento destes tem gerado um retorno positivo de sua atuação.

Patricia Taberero Fuentes, agente de la Policía Local de Nules, criado em abril de 2016, composta por três policiais, trata-se de local de Zona Costeira, mas que não se trata de ponto turístico, mas sim rural, a maior parte do território do município. Principalmente os casos de problemas de demarcação de terras, de filhos que herdaram terrenos e questionam a demarcação, e com relação a tais assuntos não se tem chegado em acordos, justamente pela herança emocional que o problema carrega, que muitas vezes os filhos lembravam dos pais falecidos em conflito com o vizinho. Outro problema recorrente são danos na plantação como queimadas, e se tem chegado sobre tais assuntos em acordo quantitativo. Na zona urbana os casos são relacionados aos incômodos causados pelos cachorros, e que se tem alcançado acordo.

Alejandro Rodrigo Jiménez-Montesinos, agente de la Policía Local de Vila-real, aproximadamente 150 mil habitantes, com equivalentes 120 policiais, em 2008 o agente iniciou seus trabalhos na unidade de mediação, após a formação necessária para desempenhar o labor, o serviço já está implantado e é requisitado pela população, que conta com dois vieses de atuação no âmbito urbano e rural. Muitas vezes os conflitos permanecem por falta de conhecimento desta possibilidade de mediar, já que muitas pessoas relatam que não resolveram o conflito antes porque a via judicial é cara, e podem não ter a satisfação esperada, diferente do que ocorre com a mediação que se direciona para um bom término do conflito. O fato de o serviço existir na localidade, de estar a serviço para a população como uma alternativa, que vêm se mostrando como exitosa em várias partes do mundo, por si só já deveria ser instalada e oferecida em todas as localidades, independente de desnecessários critérios estatísticos de êxito.

A mediação policial por uma unidade especializada vai muito além da atuação da mediação pela polícia de patrulha, também importante e que necessita ser treinada com a mediação para uma melhor qualidade em sua atuação. A primeira têm os mediadores policiais especializados com ferramentas que muitas vezes aqueles policiais de rua, dada a sua situação de trabalho, acabam por não dispor. Assim como os juízes que o muito que podem fazer é dar uma sentença, que muitas vezes o mais rápido é em um mês, isso na Espanha, e a unidade de mediação pode dar uma resposta rápida, em menos de 48hs, também na Espanha,

para ajudar ao cidadão. Por isso, importante o fortalecimento das unidades e sua ampliação para terem cada vez maior capacidade de resolução dos conflitos que se apresentarem. Por fim, foi relatado no final da mesa de debates, como contraproducente a falta de uma dedicação exclusiva na mediação policial pelos policiais destacados ao serviço, que ora trabalham na patrulha e ora trabalham nos casos mediados, uma carga maior de serviço, exigindo ainda mais do profissional.

Na conferência “Transformación comunitaria y construcción de paz desde la actuación ética de los cuerpos policiales”,²⁸ Jean Paul Lederach, professor estadunidense de Construção da Paz Internacional na Universidade de Notre-Dame. Entende que a população nos centros urbanos é cada vez mais diversa, e a humanidade está mais perto de cada um, dada a importância de um congresso em que se é possível olhar as experiências de países mais distantes no espaço geográfico, mas com uma realidade muito próxima da que vivemos. Criar um momento para que se tenha suficiente confiança para falar verdades, deixar as armas para entrar nas negociações. A ética de reumanizar é uma pauta completa de se comprometer em frente a um indivíduo, família ou grupo que é composto por pessoas. A ética começa com a imaginação sobre o trabalho que teremos, como se imaginar frente as comunidades que nos comunicamos e servimos, uma imaginação de re-buscar a pessoa que somos. Criando uma qualidade de presença para reconstrução da confiança quando esta se perdeu.

É importante suspender a desconfiança para se chegar no que verdadeiramente ocorre no caso, permitindo a reconstrução da confiança perdida, uma pauta de reumanizar o encontro e pensar que lidamos com pessoas. Devemos ajustar-mos a realidades concretas nas situações. Importante entender que a experiência de desenvolvimento sobre o que se trata no conflito, para formar uma relação mais honesta. A confiança é relacional, algo que se ganha da forma com que se atua com os demais, que passa por questões culturais e leva tempo. A falta de confiança para mudar as situações em que ocorreu um rompimento, as pessoas devem estar cercadas da necessidade de se criar relações, e a neutralidade deve se plasmar em um modelo mais comunitário, de buscar pessoas que já possuem a confiança na comunidade, para que possam criar pontes com outras instituições, criar alianças, restabelecer a confiança perdida.

O mediador deve entender essa ponte como uma rede de confiança que já existe, pontes se constroem com fundamentos fortes de ambos os lados. Conseguir a confiança de várias partes para ampliar a visão da mediação, para criar uma rede de confiança e relações, para que não seja entendida a mediação como algo que vem de fora da comunidade. Resolução de conflitos é também

²⁸ Disponível em: <https://youtu.be/piahM9Tmfil>, acessado em 17/04/2019.

mudar as relações entre as pessoas, não basta resolver o problema sem mudar a realidade, a dinâmica e os padrões que reproduzem mais conflitos. Como imaginar os processos de mudança, para analisar os sintomas e os problemas, com uma visão ampla e com grandes perspectivas sobre o que se deseja transformar. Aonde se quer ir com o que se está fazendo, nesse caso a mediação, que gera a distância sobre o conflito, para se ter maior perspectiva para se causar uma verdadeira transformação, muito além da resolução do conflito.

Na conferência “Buenas prácticas de resiliencia en la mediación policial”, Graciela Curuchelar, experta internacional en mediación y conciliación de Argentina, frisou a diferença entre contatar e comunicar. Na cidade de Buenos Aires em 1995 chegou a mediação para resolver, transformar e gestionar os conflitos de outras formas. São os conciliadores facilitadores da comunicação, e atualmente tem projetos de mediação em quase todas as províncias do país, para que essa perspectiva de paz seja uma paz social, e que não são necessários grandes projetos, mas as várias práticas de mediação se fundem em uma construção coletiva de diálogo.

A resiliência é uma característica humana, que permite afrontar as adversidades, superá-las e o indivíduo destinado sair fortalecido, aprendendo sobre a adversidade, sobre si mesmo, e sobre o que dispõe. Não é apenas o conhecimento, mas como colocar em prática essa teoria para melhorar a si mesmo, trabalhando com atitudes, e construindo redes. Na Argentina a mediação policial é muito incipiente. Uma quantificação estatística da mediação é uma tendência presente, mas que deve ser superada, porque como se pode quantificar uma pessoa que saiu fortalecida no procedimento, pelo simples fato de ter sido escutada? De poder falar? Por um pedido de desculpas?

A proximidade e a continuidade que a mediação proporciona faz com que as partes passem a entender os seus problemas, e solver o conflito com maior efetividade, evitando futuras reincidências, como já dito ao longo deste trabalho. A parte passa a entender o caminho da mediação como uma forma possível e eficiente de uso, e o diálogo a ser sua primeira alternativa para seus conflitos, como um filtro, assim como o próprio serviço de mediação. A distribuição dos serviços de mediação de conflito de forma local, resulta em melhor proximidade da comunidade, assim como ter por base as queixas recebidas partindo da polícia local, resulta em um serviço direcionado para aquela localidade. Deste modo, unificam-se as informações colhidas e com isso poderia se ter uma estatística confiável, que promovesse a ampliação dos serviços, assim como a melhoria na sua estruturação.

Considerações finais

Diante de todo o exposto verificamos que ao invés de apenas se discutir justiça (direitos e deveres) com o uso da mediação é possível falar das injustiças, e quais os problemas sociais aquela localidade vem enfrentando, com diálogos francos e não tendenciosos. Escutar as pessoas na mediação é colocá-las em processo de resolução, as reclamações são obtidas por meio da escuta do mediador.

A unificação dos serviços de mediação policial possibilitaria, no futuro, um serviço padronizado e integrado a uma rede de serviços funcionais, que assegure o efetivo cuidado dos conflitos que lhes são postos, assim como a valorização dos profissionais de mediação, com o reconhecimento do trabalho desenvolvido. Esse é o caminho a ser percorrido em torno da mediação nos contextos policiais, e só assim teremos uma nova forma de fazer polícia.

Aprofundando os aspectos críticos, são os principais fatores para que a polícia não aproveite todo o potencial que a mediação proporciona: os obstáculos dentro da organização; a visão tradicional do papel da polícia, e os policiais não se verem como mediadores.²⁹ A mesma doutrina aponta algumas recomendações para resolver tais questões, sendo que a principal dificuldade brasileira é a falta de instituição da mediação policial como uma política pública de Estado.³⁰ Assim como também nas experiências Ibero-Americanas ainda “são insuficientes, extraídas de outros contextos culturais e condicionadas por uma prática de mediação pouco ajustada à prática policial.”³¹

Portanto, a partir dos estudos apresentados, se faz necessário o incentivo desses programas de mediação e conciliação como uma política pública. Embora se tenham projetos brasileiros,³² eles vêm sendo feitos, em sua grande maioria, em parcerias a núcleos do Judiciário, entendido como uma fase do processo, portanto, inserido no conflito judicializado, ou como políticas de governo,

²⁹ LORENTE, Josep Redorta. *Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía*. RCSP-Revista catalana de seguretat pública, nº. 15, 2004, p. 34.

³⁰ DA SILVA, Gabriela Marinho Rodrigues; RODRIGUES, Patrícia Pacheco; MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. *Análise dos programas sobre Mediação de Conflitos no Brasil na Segurança Pública*. Seminário Internacional Violência e Administração de Conflito. Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos (GEVAC). Universidade Federal de São Carlos - UFSCar. São Carlos-SP, realizado de 20 a 22 de agosto de 2019.

³¹ “Las experiencias mundiales de mediación policial son insuficientes, extraídas de contextos culturales ajenos y condicionadas por una práctica de la mediación que se ajusta poco a la práctica policial.” REDORTA, Josep, GALLARDO, Rosana. *Nuevas herramientas en mediación policial*. Revista E-mediación. Año 8, Setembro de 2014, p.8.

³² DA SILVA, Gabriela Marinho Rodrigues; RODRIGUES, Patrícia Pacheco; MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. *Análise dos programas sobre Mediação de Conflitos no Brasil na Segurança Pública*. Seminário Internacional Violência e Administração de Conflito. Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos (GEVAC). Universidade Federal de São Carlos - UFSCar. São Carlos-SP, realizado de 20 a 22 de agosto de 2019.

autonomamente, sem diretrizes uniformizadas. Há necessidade de expansão da realização dessas práticas como pré-judicialmente voltadas para a mediação de conflitos.

Conforme as experiências Ibero-Americanas, caso houvesse a institucionalização da prática de mediação policial em regras consolidadas, sua manutenção no tempo e nas localidades, em condições metodológicas, estruturais e com uma constante da análise das experiências locais, nacionais e internacionais, primando para as práticas se consolidarem, independente de vontades governamentais, e conseqüentemente, a formalização de dados oficiais e uniformidade nas práticas.

O que se pode concluir, é que ao unificar as informações para se ter uma estatística confiável, e assim promover a ampliação dos serviços de mediação, e melhor estruturar o que está em desenvolvimento em cada Estado brasileiro e nas experiências Ibero-Americanas, e com isso possibilitar, no futuro, um serviço padronizado, unificado e em rede, que assegure o efetivo cuidado dos conflitos que lhes são postos, e a valorização dos profissionais de mediação, com o reconhecimento do trabalho desenvolvido, e a atuação da polícia de confronto, apenas para os casos que exijam ações enérgicas, e a via judicial como última ferramenta para a solução de conflitos, mas todos direcionados na promoção da paz.

Devemos falar, empatizar, ouvir, compreender e aclarar os preconceitos com a informação, e com isso criar espaço para mediação, para que as partes a reconheçam e a aceitem como uma ferramenta eficaz para resolver seus conflitos, e para além disso, como um instrumento da democrática, com o interculturalismo e a coesão social, que pode advir com sua efetiva implementação como política pública.

Os serviços de mediação também poderiam promover na comunidade local reuniões e conversações com associações de bairro, apresentando projetos, exposição de problemas que atinjam aquele grupo e comunidade e de como se pode promover uma solução efetiva e não apenas reclamações e acionamento da polícia. Seria importante a realização de visitas a seguimentos locais conhecidos para detectar possíveis conflitos ou problemáticas locais, ouvindo a comunidade. O ideal seria uma força tarefa direcionada a mediar e intervir em conflitos reiterados, além de sinalizar sobre a falta de serviços públicos naquela localidade.

Devemos promover tarefas de observação e escuta ativa dos moradores e outras pessoas que tenham contato com aquele local como: comerciantes, trabalhadores e os diversos setores sociais; para promoção de políticas públicas locais, de acordo com as necessidades, numa visão de serviço de mediação comunitária implementado como serviço público, a serviço dos cidadãos, que vão desejar a manutenção de suas atividades, e reivindicar dos atores políticos a sua ampliação. É de extrema relevância a realização de reuniões com a polícia local

e atividades de difusão e sensibilização sobre a importância da mediação como uma medida de prevenção.

Qual a identidade que une pessoas naquele bairro? Quais são as suas preocupações comuns, para que todos se sintam reconhecidos? O mediador assume a posição do terceiro como intermediador entre as partes, e reconhece que a diferenciação cultural pode ser ou não importante na mediação. As disputas podem ser resolvidas, os conflitos podem assumir um fundo cultural que não pode ser resolvido pela mediação, mas se o tema for estrutural pode ser transformado em outro tema, para que assim possa ser resolvido.

É imprescindível o uso de métodos que para além de resolver o conflito, que venham a restaurar relações, muito mais do que apenas lavrar acordos. Alcançando o apoio das instituições públicas e o compromisso dos atores políticos na manutenção, promoção e ampliação destes métodos.

Devemos propugnar pela implementação de práticas e encontros restaurativos para os casos de violência, não buscando apenas o benefício econômico, mas também psicológico para as partes. Com todas essas propostas devemos firmar convênio de colaboração para melhorar a convivência, dinamização e coesão social reduzindo o nível de conflitividade local, numa intervenção transversal, com o fim de promover uma efetiva cultura de pacificação social pela mediação.

The Ibero-American Congresses on Police Mediation

Abstract: The purpose of this research study was the analysis the Ibero-American Congresses on Police Mediation in Public Security, with the main objective of building a scenario of reflection on police mediation as a fundamental mechanism of police service. Police mediation is a job which the polices are part, but not the only participant. It brings alternatives to the criminal justice system that has performed inadequately in the conflict resolution, which it has created vulnerability in the legal interests protection. The main results of the bibliographic study were a reasoned police model, with the transformation of the community and the construction of peace is based in the actions of the police forces. We emphasize prevention, proximity police and policing in a different way. We use deductive methodology and bibliographic and documentary research to demonstrate the integration of public agencies in violence's confrontation.

Keywords: Criminal law. Public security. Police mediation.

Referências

I Congreso Iberoamericano de Mediación Policial. Policía Local de Vila-real, Espanha, 2014, p. 16. Disponível em <http://congresomediacionpolicial.com/wp-content/uploads/2018/01/programa-1-congreso-iberoamericano-mediacion-policial-2014.pdf>, acessado em 2019.

II Congreso Iberoamericano de Mediación Policial. Policía Local de Vila-real, Espanha, 2016, p. 11. Disponível em <http://congresomediacionpolicial.com/wp-content/uploads/2018/01/programa-2-congreso-iberoamericano-mediacion-policial-2016.pdf>, acessado em 2019.

III Congreso Iberoamericano de Mediación Policial. Policía Local de Vila-real, Espanha, 2018, p. 16. Disponível em http://congresomediacionpolicial.com/wp-content/uploads/2018/01/programa_Congreso_Mediacion_Policial_2018-cas.pdf, acessado em 2019.

ALDAZ, Manuel Martínez de Aguirre. *Espacios para la mediación en nuestro ámbito penal - Una reflexión a partir de la experiencia belga y francesa*. In *La Medición - Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. Coord. José María Carabante Muntada. La Coruña: Netbiblo, 2010.

CATARINA, Frederic Munné. TEIXIDÓ, Antoni Vidal. *La mediación - Resolución pacífica de conflictos, régimen jurídico y eficacia procesal*. Madrid: Editora La Ley, 2013.

CHALITA, Gabriel. *Princípio da Segurança Jurídica*. In: *Segurança jurídica no Brasil*. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

CRUZ, Estefanía Sandoval; MEDINA, Liyan Ginnet Valderrama. *Mediación policial como herramienta para la resolución de conflictos*. Revista de investigación en gestión administrativa y ciencias de la información, volume 1, número 1, Janeiro-Dezembro de 2017, p. 76-87.

DA SILVA, Gabriela Marinho Rodrigues; RODRIGUES, Patrícia Pacheco; MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer- Pflug. *Análise dos programas sobre Mediação de Conflitos no Brasil na Segurança Pública*. Seminário Internacional Violência e Administração de Conflito. Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos (GEVAC). Universidade Federal de São Carlos - UFSCar. São Carlos-SP, realizado de 20 a 22 de agosto de 2019.

DUCE, Mauricio, et al. *La víctima en el sistema de justicia penal: Una perspectiva jurídica y criminológica*. Política criminal, 9,18, p.739-815, 2014.

GARCÍA, Antonio del Moral. *La mediación en el proceso penal - fundamentos, problemas, experiencias*. In *La Medición - Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. Coord. José María Carabante Muntada. La Coruña: Netbiblo, 2010.

GÓMEZ, Pilar Munuera. *El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas*. Portularia: Revista de Trabajo Social, n. 7, 2007, p. 85-106.

GUTIERREZ, Juan Pablo Isaza, SERJE, Karina Murgas, OLIVELLA, María Elisa Oñate. *Aplicación del modelo transformativo de mediación en la conciliación extrajudicial de Colombia*. Revista de Paz y Conflictos 11.1, 2018, p. 135-158.

LORENTE, Josep Redorta. *Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía*. RCSP-Revista catalana de seguretat pública, nº. 15, 2004, p. 29-46.

MATE, Reyes. *Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria, reconciliación*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2008.

PARKINSON, Lisa. *Mediación Familiar Teoría e Práctica: Principios Y Estrategias Operativas*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.

PÉREZ, Pilar Alhambra. *El juez ante la mediación penal*. In *La Mediación - Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. Coord. José María Carabante Muntada. La Coruña: Netbiblo, 2010.

REDORTA, Josep, GALLARDO, Rosana. *Nuevas herramientas en mediación policial*. Revista E-mediación. Año 8, Setembro de 2014.

SENDRA, Vicente Gimeno. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castilho de Luna, 2009.

SOLETO, Helena. *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Coord. Emiliano Carretero Morales y Cristina Ruiz López. 3. Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2017.

VLIERT, Evert Van de. DREU, Carsten K. W. de. *El conflicto en las organizaciones - La optimización del rendimiento mediante la estimulación del conflicto*. In *Gestión del conflicto, negociación*

y mediacion. Coord. Lourdes Munduate Jaca, Francisco José Medina Díaz. Madrid: Ediciones Pirámide, 2013.

VLIERT, Evert Van de. DREU, Carsten K. W. de. *El conflicto en las organizaciones - La optimización del rendimiento mediante la estimulación del conflicto*. In *Gestión del conflicto, negociación y mediación*. Coord. Lourdes Munduate Jaca, Francisco José Medina Díaz. Madrid: Ediciones Pirámide, 2013.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RODRIGUES, Patrícia Pacheco; MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Dos Congressos Ibero-Americanos de Mediação Policial. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 02, n. 04, p. 145-180, jul./dez. 2020.

A Convenção de Cingapura e seus benefícios para o Brasil

Paul Eric Mason¹

Advogado internacional, Mediador e Árbitro e residente do Brasil e os Estados Unidos, Dr. Mason é o primeiro Mediador Certificado no Brasil pelo International Mediation Institute (“IMI”). O Dr. Mason tem atuado como Mediador, Árbitro and Advogado em numerosas disputas comerciais internacionais, muitas envolvendo empresas brasileiras. Em 2013 ele testemunhou como representante do IMI frente à Comissão do Senado sobre os PLs de Arbitragem e Mediação. Participou como delegado dos eventos de Assinatura da Convenção de Cingapura, em Cingapura em agosto de 2019. Ele é ex-Diretor, Assuntos Jurídicos e Governamentais da América Latina, Rússia e Canadá das empresas Digital Equipment, Oracle e 3Com. Ver www.paulemason.info para mais informações.

Resumo: Este artigo pretende mostrar a validade da Convenção de Cingapura no universo da resolução de controvérsias globais, e como sua assinatura e ratificação beneficiarão o Brasil. Seus efeitos serão simplificar a execução de termos de acordo mediados para disputas comerciais internacionais. A intervenção judicial será usada para executá-los nos países ratificantes com alta prioridade. Este artigo também observa o que a Convenção não tenta fazer – regulamentar como as mediações são conduzidas, uma vez que isso pode variar amplamente em todo o mundo. O cerne deste artigo indica os benefícios para o Brasil de assiná-lo e ratificá-lo, incluindo benefícios para setores específicos, como agricultura e outros negócios voltados para a exportação. Uma comparação é feita em certos aspectos importantes entre a Convenção de Cingapura e a Convenção de Nova York de 1958 sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, mostrando que a Convenção de Cingapura é mais flexível e fácil de implementar. Alguns desafios decorrentes da Convenção são descritos e analisados antes que o autor conclua que a assinatura e ratificação da Convenção ajudará os negócios internacionais brasileiros e colocará o Brasil ao lado de seus principais parceiros comerciais, como China, Estados Unidos, Coreia do Sul, Arábia Saudita, Israel e Índia, como uma das principais potências comerciais do mundo.

Palavras-chave: Convenção de Cingapura. Execução Internacional de Termos de Acordo. Benefícios da Convenção – Brasil. Comércio internacional. Agronegócio brasileiro.

Sumário: **1** O que a Convenção faz e não faz – **2** Mediação definida pela Convenção – **3** Âmbito de aplicação da Convenção de Cingapura – **4** Benefícios para o Brasil de assinar e ratificar a Convenção de Cingapura – **5** Entrada em vigor da Convenção – **6** Defesas à aplicação da Convenção – **7** Mais fácil de implementar do que a Convenção de Arbitragem de New York – **8** Reservas limitadas disponíveis na Convenção – **9** Alguns desafios com a Convenção de Cingapura – **10** Conclusão – Referências

¹ Tradução para o português da Dra. Profa. Maria de Nazareth Serpa. Todos os direitos reservados *International Scholar*, da Dra. Serpa, primeira mediadora privada no Brasil, é Profa. aposentada da PUC Minas Faculdade de Direito e autora dos primeiros livros no Brasil sobre Mediação, ver rodapé abaixo.

1 O que a Convenção faz e não faz

A Convenção das Nações Unidas sobre Termos de Acordo Internacionais Resultantes de Mediação, conhecida de maneira mais sucinta como a “Convenção de Cingapura” ou aqui como “A Convenção”, permite a execução transfronteiriça, nos países signatários e ratificantes, de termos de acordos alcançados por meio de mediação, de disputas comerciais internacionais. O coração da Convenção está expresso em seu artigo 3.1, que incorpora esta disposição.

O texto oficial completo da Convenção em inglês está disponível aqui: https://www.uncitral.org/pdf/english/commissionsessions/51st-session/Annex_I.pdf

Uma tradução livre do texto da Convenção para o português está disponível no site do International Mediation Institute (IMI) aqui: <https://www.imimmediation.org/2019/11/29/singapore-convention-text-in-portuguese/>

Devemos ter em mente que a Convenção não disserta sobre o processo de mediação em si propriamente dito. Pelo contrário, trata apenas dos efeitos pós-mediação, quer dizer o cumprimento através das fronteiras nacionais de termos de acordo mediados para disputas comerciais internacionais.

O Grupo de Trabalho II da CNUDCI (UNCITRAL em inglês), que desenvolveu e negociou esta Convenção ao longo de um período de quatro anos, é composto por muitos países com diferentes tradições legais, comerciais e culturais. Muitos adotam abordagens diferentes para a condução da mediação. Como resultado, o Grupo de Trabalho recusou sabiamente usar esta Convenção como um instrumento para tentar definir ou regulamentar padrões de prática internacional uniformes para a mediação. Nesse sentido, a única coisa que fez foi estabelecer alguns critérios mínimos para execução, consagrados em seu Artigo 5 sobre defesas à execução sob égide da Convenção, descritos a seguir neste artigo.

2 Mediação definida pela Convenção

No artigo 2 (3), a Convenção define “Mediação” da seguinte forma: “‘Mediação’ significa um processo, independentemente da expressão usada ou da base sobre a qual o processo é realizado, pelo qual as partes tentam chegar a uma resolução amigável de sua disputa com a assistência de uma terceira pessoa ou pessoas (‘o mediador’) sem autoridade para impor uma solução ou determinar um vencedor.”

Mediação refere-se ao envolvimento de um terceiro, o mediador, para ajudar as partes em uma disputa na elaboração de uma resolução.² O mediador, que é imparcial em relação às partes e neutro nas questões em disputa, como guardião do processo, facilita sua comunicação e negociação, explorando suas diferenças e razões, buscando interesses comuns, minimizando diferenças ajudando no desenvolvimento de opções sobre as quais as partes possam chegar a um acordo. Na mediação, o terceiro interventor procura explorar os interesses comerciais ou privados das partes, em vez de determinar quem está certo ou errado com base em suas posições legais.

O mediador, diferente de outros intervenientes terceiros, é neutro quanto ao mérito do caso e imparcial em relação às partes na mediação.³ Ele ou ela ajuda as partes a negociar, mas não impõe uma decisão vinculativa. A mediação tem vantagens de velocidade, flexibilidade, baixo custo, confidencialidade e possibilidade de preservar os relacionamentos comerciais. Em muitos países, casos em tribunal e fora dos tribunais podem ser mediados, mas lembre-se de que a mediação é, por sua própria natureza, sempre um processo privado, no qual as partes têm o poder absoluto de decidir os méritos e controlar o resultado, inclusive quando uma das partes no termo de acordo for uma entidade pública conforme a Lei de Mediação 11340 de 26.06.2015. Não é por si só um processo de interesse público.

Vale enfatizar que a Convenção trata da execução do resultado, não do processo em si. A mediação de que estamos falando aqui não tem nenhuma ligação com o que é praticado no Brasil como “mediação judicial”. Mediação privada um processo resolutivo que tem como escopo ajudar empresas em disputas comerciais internacionais envolvendo muitos setores de negócios.

Como um processo flexível, a mediação pode ocorrer antes, durante ou após um processo judicial ou arbitral que lide com o mesmo conflito. As partes podem contratar o processo mediante cláusulas nos contratos originais ou posteriormente, após o surgimento de uma disputa.⁴

Em uma mediação clássica que normalmente ocorreria em negócios internacionais, as próprias partes têm autonomia para escolher seu mediador, geralmente com base na experiência do profissional em seu setor específico, entre outras coisas. Elas também podem escolher como, quando e onde a mediação será realizada.

² Para mais informações sobre os princípios fundamentais e tipos de mediação, favor ver o livro *Mediação: Uma Solução Judiciosa para Conflitos* por Profa. Dra. Maria de Nazareth Serpa. Del Rey, 2018. Esse livro é uma atualização e aumento do primeiro livro no Brasil sobre mediação, também da autoria da Dra. Serpa *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos* (Editora Lumen Juris, 1999).

³ *Ibidem*, na página 165.

⁴ *Ibidem*.

Arbitragem, por outro lado, refere-se a um mecanismo privado de resolução de disputas, pelo qual um terceiro imparcial e neutro (“o árbitro”) conduz um processo formal para ouvir argumentos e evidências apresentados pelas partes para chegar a uma decisão (“sentença arbitral”) que é vinculativo para as partes. A arbitragem oferece vantagens como a autonomia das partes para escolher a lei aplicável, país/cidade da sede jurídica bem como da audiência, seu (s) árbitro (s), disponibilidade de especialistas do setor para decidir os casos, velocidade relativa aos tribunais nacionais, alguma confidencialidade e execução internacional de sentenças arbitrais por meio da Convenção de Nova York ou lei doméstica. A arbitragem é regulamentada no Brasil pela Lei 9.307/1996, alterada pela Lei 13.129/2015, que autoriza entidades públicas a usá-la. Trata-se de acordo entre as partes através do qual contratam esses serviços como prática resolutive, por meio de um centro de arbitragem independente, ou sem instituição arbitral, deixando a administração da arbitragem diretamente entre as próprias partes (“arbitragem *ad hoc*”). Normalmente, as partes preveem a arbitragem como parte de seu contrato comercial original com uma *cláusula compromissória*, embora também possam fazê-lo posteriormente, após o surgimento de uma disputa através de um *compromisso*.

3 Âmbito de aplicação da Convenção de Cingapura

A Convenção se aplica apenas a disputas “comerciais” que são definidas de maneira muito ampla. Exclui especificamente assuntos relacionados ao consumidor, às relações trabalhistas, e família. Para serem abrangidos pela Convenção, as disputas comerciais devem ser de natureza internacional, conforme definido mais precisamente no artigo 1 (1). Os termos de acordo aprovados por um tribunal de justiça e registrados como sentenças executórias no país daquele tribunal, ou registrados como sentenças arbitrais executórias, também estão explicitamente fora do escopo da Convenção, nos artigos 3 e 4, respectivamente.⁵

4 Benefícios para o Brasil de assinar e ratificar a Convenção de Cingapura

a) *A Convenção ajudará o comércio internacional e o comércio internacional do Brasil*

Pode facilitar o fluxo de bens e serviços para dentro e fora do país na ampla variedade de setores nos quais desempenha um papel de destaque, como

⁵ Portanto, as tal-chamadas “mediações judiciais” no Brasil, autorizadas pela Lei 13.140 de 26.06.2015, estão excluídas do âmbito da Convenção de Cingapura.

agricultura, mineração, finanças, aviação, fabricação, tecnologia etc. A Convenção reduzirá/removerá as disputas comerciais como obstáculos aos fluxos comerciais, incentivando as empresas envolvidas no comércio internacional a usar a mediação para resolvê-las – mediação cujos resultados serão executórios além fronteiras. Sem a Convenção, os termos de acordos, mesmo mediados, entre partes de diferentes países, são tratados como meros contratos domésticos que raramente são executáveis além fronteiras.

Mesmo que eles sejam, em princípio, executáveis como meros contratos, podem levar muito tempo para que os tribunais de justiça dos locais de execução possam ouvir ou decidir sobre esses casos. Isso não seria aceitável em muitas disputas envolvendo agronegócios, por exemplo, onde a perecibilidade dos produtos requer rápida execução de contratos. A mediação oferece celeridade, flexibilidade, baixo custo e confidencialidade às partes. E com a Convenção essas vantagens se consolidam internacionalmente ao descartar qualquer eventualidade judicial.

Por exemplo, esse autor mediou a resolução de uma disputa comercial em tempo real entre um importador russo de milhares de toneladas de frango congelado e uma empresa de transporte marítima dos EUA. A carga permanecia em navio no mar e teria perecido na ausência de uma solução rápida da disputa das partes.

Outro exemplo, do mesmo autor, foi a mediação de uma disputa envolvendo grande carga de frutas tropicais negociadas entre empresas brasileiras e da América Central. Como no primeiro caso os produtos correram o risco de deterioração e a ocorrência de grandes perdas financeiras. Se naquela disputa, mesmo mediada com sucesso, uma parte ainda relutasse em cumprir os termos do acordo, inevitavelmente a outra parte teria de dirigir-se a um tribunal de justiça. Nesse caso teria de esperar muitos meses, até anos, no aguardo de uma decisão judicial executória. Em tese, um acordo mediado é normalmente cumprido voluntariamente, mas se eventual e excepcionalmente não for, sem a Convenção terá obrigatoriamente de percorrer um caminho judicial longo para sua execução. O acordo seria tratado como mero contrato estrangeiro, e não como uma obrigação imperativa e altamente prioritária de tratado internacional que é do que trata a Convenção de Singapura

Fontes confiáveis relatam que os produtos agrícolas representaram 43,2% de todas as exportações brasileiras em 2019.⁶ Embora o número de disputas de exportação agrícola por remessa, qualidade, pagamento etc. não esteja prontamente disponível, em parte porque muitas são mantidas em sigilo, deve haver

⁶ “Brazilian Agribusiness Export Revenue Reached US\$ 96.8 Billion in 2019”, citando dados da Secretaria de Comércio e Relações Internacionais, Ministério de Agricultura, do artigo da revista online *The Rio Times*, 12 de janeiro de 2020.

um número relativamente grande delas. Algumas podem envolver grandes quantidades de produtos e dinheiro. Aqueles com os quais este autor tem experiência envolveram milhões de dólares cada. Portanto, qualquer maneira eficiente de reduzir ou eliminar esse tipo de disputa certamente ajudaria o fluxo das exportações agrícolas brasileiras.

Observe também que disputas internacionais de agronegócios e *commodities* que afetam empresas brasileiras com clientes e fornecedores chineses podem se tornar ainda mais comuns face à atual crise na saúde na qual a China está ocupada com o coronavírus.⁷ A pandemia certamente exacerba esta situação mundialmente.

Não apenas o setor de agronegócios, mas muitas outras setores e indústrias brasileiras envolvidas no comércio internacional também se beneficiarão das disposições da Convenção para tornar a mediação de disputas mais eficaz.

Por outro lado, o reconhecimento da mediação como importante e eficaz processo resolutivo de disputas comerciais internacionais por certo alavancará a credibilidade e utilidade da mediação no Brasil. Por ora, sem adentrar nas razões de forma pormenorizada, verificamos que o processo ainda não teve oportunidade de receber o prestígio e a abrangência utilitária já adquiridos em outros países como Canadá, China pela sua história, e os Estados Unidos, por exemplo.

b) Testemunhamos resultados positivos semelhantes da arbitragem comercial internacional resultante da assinatura e subsequente ratificação da Convenção de New York

Esta última foi ratificada por 161 países (em setembro de 2019), incluindo o Brasil em 2002. Como resultado da ratificação do Brasil da Convenção de *New York*, o comércio e o investimento internacionais brasileiros cresceram significativamente, pois as partes estrangeiras têm sido muito mais positivas em suas negociações comerciais com o Brasil, tendo a arbitragem internacional como alternativa viável à Justiça nacional para resolver disputas comerciais.

A adoção da Convenção de *New York*, juntamente com a transferência do STF (Supremo Tribunal Federal, o mais alto tribunal do Brasil que trata principalmente de questões constitucionais) para o STJ (Superior Tribunal de Justiça, o mais alto tribunal do Brasil que trata de questões não constitucionais) em 2004 da responsabilidade por todos os casos relacionados à arbitragem, representou dois saltos gigantescos do uso da arbitragem no Brasil. Por sua vez, esses saltos ajudaram a estimular grandes investimentos na economia brasileira por investidores que

⁷ Ver "China Exacerbates Chaos by Claiming *Force Majeure* in Commodity Deals", da revista online *The Rio Times*, 08 de fevereiro de 2020.

procuravam meios confiáveis e executáveis para resolver quaisquer disputas que pudessem surgir sobre seus investimentos.

c) *Cinquenta e dois países já assinaram a Convenção, incluindo os principais parceiros comerciais do Brasil*

A Convenção foi assinada em Cingapura em 7 de agosto de 2019 por 46 países, incluindo os principais países comerciais, como Arábia Saudita, China, Cingapura, Coréia do Sul, Índia, Israel, Qatar e os Estados Unidos e a maioria dos países do Oriente Médio como Irã e Qatar. Até o dia 15 de outubro de 2020, mais seis países assinaram. Uma tabela atualizada dos países signatários e que já ratificaram a Convenção pode ser encontrada no https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status

Uma ausência notável são os países da União Europeia (UE). A UE tem seu próprio esquema de Diretiva de Mediação e, assim, propôs na fase de elaboração uma lei mais branda, na forma de uma Lei Modelo e que seja aprovada em vez de uma convenção. Foi tomada a decisão de dar a cada país as duas opções, a Convenção ou a Lei Modelo. Até agora os países optaram pela Convenção. Pode ficar até mais possível a acessão do Reino Unido à Convenção após a provável saída daquele país da UE.

Este autor foi informado por uma fonte confiável que a Rússia estava disposta a assinar; no entanto, há uma disputa interna entre o Ministério da Justiça e o Ministério da Economia sobre qual seria a liderança na implementação da Convenção.

5 Entrada em vigor da Convenção

Nos termos do seu artigo 14 (1), a Convenção entra em vigor seis meses após o depósito do terceiro instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão.⁸ Um país que assina a Convenção (geralmente por seu poder executivo) é uma coisa, e a ratificação (geralmente por sua legislatura) é outra. A ratificação geralmente significa que a convenção ou tratado ratificado se torna parte da lei doméstica do país que ratifica e, para alguns países, um tratado é considerado “a lei suprema do país.”⁹

⁸ Observa-se que como uma alternativa à ratificação, um país pode ativar a Convenção no seu território por aceitação, aprovação ou acessão, medidas previstas na Convenção de Viena sobre a Lei de Tratados (*Vienna Convention on the Law of Treaties*, ou VCLT em inglês).

⁹ Ver por exemplo, Artigo VI da Constituição dos Estados Unidos

Em 14 de março de 2020, a Convenção foi ratificada por três países, o número mínimo necessário para sua entrada em vigor.¹⁰ Portanto, entrou em vigor no dia 12 de setembro de 2020. O terceiro país ratificante foi o Qatar, seguido por Arábia Saudita no dia 05 de maio de 2020, Belarus no dia 15 de julho de 2020, e Equador no dia 09 de setembro de 2020.

Vários países expressaram dúvidas sobre a assinatura da Convenção, porque disseram que não tinham nenhum processo para implementar suas disposições. No entanto, houve um contra-argumento persuasivo de que: (1) nenhum país ainda possui qualquer processo já definido para esta Convenção; e (2) se houver vontade, o melhor passo seria assinar agora e ratificar mais tarde, depois que um procedimento de implementação for desenvolvido. Todo país signatário terá que desenvolver sua própria rota ou métodos para implementar a Convenção em seus tribunais de justiça. Alguns podem ser iguais ou similares aos da Convenção de NY, outros talvez diferentes. Parece que a China foi convencida pelo este argumento.

6 Defesas à aplicação da Convenção

O artigo 5 (“Motivos de recusa de concessão de remédio jurídico”) enumera várias defesas que podem ser invocadas num tribunal de justiça de uma Nação-Parte da Convenção:

- incapacidade de uma das partes na mediação;
- nulidade do contrato de acordo com a lei aplicável;
- o acordo não é vinculativo ou final;
- o acordo foi posteriormente alterado;
- as obrigações do contrato foram cumpridas ou não são claras ou compreensíveis;
- conceder um remédio jurídico seria contrário aos termos do acordo;
- uma violação grave por parte do mediador de padrões éticos ou outros padrões profissionais, sem a qual a parte solicitando execução do termo de acordo não teria celebrado o acordo;
- falha do mediador em divulgar circunstâncias que levantam dúvidas justificáveis sobre a imparcialidade ou independência do mediador, sem qual violação a parte solicitando execução do acordo não teria entrado em acordo;

¹⁰ Cingapura e Fiji são os dois primeiros países ratificando a Convenção, seguidos por Qatar, Belarus Arábia Saudita e Equador, ver <https://news.un.org/en/story/2020/02/1058031> e <http://www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2020/unisi293.html>

- conceder um remédio jurídico seria contrário à ordem pública da jurisdição de execução; ou
- o assunto em disputa não foi capaz de ser resolvido por mediação sob a lei da jurisdição de execução.

7 Mais fácil de implementar do que a Convenção de Arbitragem de *New York*

A Convenção da ONU de 1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de *New York*) foi ratificada pelo Brasil em 2002.

Embora algumas das defesas da Convenção de Cingapura listadas na seção 6 acima sejam semelhantes às da Convenção de *New York*, a Convenção de Cingapura é muito mais simples e flexível de aplicar do que a Convenção de *New York* em pelo menos três aspectos principais:

(1) Ao contrário da Convenção de *New York*, a Convenção de Cingapura **não exige o reconhecimento formal do instrumento** (termo de acordo no caso da Convenção de Cingapura), nem no país em que foi assinado, nem em que a execução é solicitada. Tudo o que é necessário é evidência do termo de acordo por escrito (incluindo o formato eletrônico nas condições prescritas) e o fato de ser **mediado**, o que pode ser mostrado de várias maneiras: o mediador pode assiná-lo; ou ele(a) pode assinar uma declaração separada confirmando que o acordo foi alcançado via mediação; ou qualquer instituição envolvida na mediação (como uma câmara de comércio ou outro centro de arbitragem e mediação que administrou o caso) pode produzir essa declaração.

(2) Contrariamente à Convenção de *New York*, a Convenção de Cingapura **não conta com uma opção de reserva por países ratificantes exigindo que o instrumento seja assinado num país da Convenção**¹¹ – o que significa que o acordo de solução mediada pode ser celebrado *em qualquer lugar do mundo*, para ser elegível para execução transfronteiriça *nos países que tenham ratificado a Convenção*.

Também observamos que a Convenção de Cingapura **não exige reciprocidade**, no sentido de que a parte na controvérsia que invoca a aplicação da Convenção não precisa ser originária, sediada ou cidadã de um dos países que ratificaram a Convenção de Cingapura.

¹¹ Embora muitos países tenham adotado essa Reserva de Reciprocidade, o Brasil parece não ter feito isso. Ver a tabela oficial na página https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2 Por outro lado, o STJ normalmente baseia suas decisões sobre execução de sentenças arbitrais estrangeiras mais na Lei Brasileira de Arbitragem do que na Convenção de *New York*.

O fato de um país assinar e ratificar – ou ativar a Convenção no seu território por acessão, aceitação ou aprovação, medidas previstas na VCLT referida no rodapé acima – é o que rege a execução nesse país de termos de acordo mediados de disputas comerciais internacionais. A execução do termo de acordo normalmente envolveria o congelamento/penhoria/transferência de ativos naquele país pertencentes à parte que não cumpriu ou está inadimplente com os termos desse acordo. Isso normalmente seria feito judicialmente, com precedência dada na ordem dos processos judiciais a questões decorrentes de convenções internacionais como esta. Assim, semelhante às disposições da Convenção de *New York* sobre sentenças arbitrais estrangeiras, sujeitas às defesas da Convenção descritas acima, uma parte prejudicada de um termo de acordo mediado mas não cumprido pode recorrer aos tribunais de justiça de qualquer país que ratificou a Convenção para tomar medidas para mandar cumprir / executar o termo.

8 Reservas limitadas disponíveis na Convenção

Ao contrário de muitos tratados mais abertos, o artigo 8 da Convenção permite que apenas dois tipos de reservas sejam realizadas por um Estado Parte que assine a Convenção:

- (a) A Convenção não se aplicará a esse Estado ou a qualquer de seus órgãos governamentais; e/ou
- (b) Para que a Convenção se aplique nesse Estado, será aplicada somente às partes de um acordo que tenham concordado com esse efeito.

Para o conhecimento dos autores, até agora o Belarus, o Irã e a Arábia Saudita são os únicos estados que assinaram ou ratificaram a Convenção com Reservas. O Belarus adotou Reserva (a) acima enquanto o Irã adotou Reservas (a) e (b). A Arábia Saudita adotou Reserva (a) na sua ratificação da Convenção.

9 Alguns desafios com a Convenção de Cingapura

Nenhum tratado, convenção ou acordo é perfeito. No caso da Convenção de Cingapura, vemos pelo menos dois desafios. Embora sejam importantes, acreditamos que será do melhor interesse do Brasil adotar a abordagem adotada pela China – fazer com que o Presidente assine a Convenção o mais rápido possível e, ao mesmo tempo, trabalhe em como implementá-la antes de ratificá-la através do devido processo legislativo no congresso.

Um dos principais desafios será como implementar a Convenção nos tribunais brasileiros. Eles já estão com milhões de casos em atraso e estão sendo solicitados a assumir outras responsabilidades. Alguns comentaristas sugerem o uso da abordagem STJ conforme realizada para casos de arbitragem. O STJ, como

tomador de decisão final, trabalhou excepcionalmente bem para resolver, acelerar a disposição de todos os casos relacionados à arbitragem. Muitos deles também envolvem disputas subjacentes ao comércio internacional, fazendo com que o STJ pareça uma escolha lógica para ser a autoridade final sobre os casos de aplicação da Convenção de Cingapura.

O segundo desafio pode ocorrer em um número relativamente pequeno de casos em que o termo de acordo mediado exige não pagamento monetário, mas que uma ação específica seja tomada ou não por uma ou mais partes em disputa. É mais fácil para os tribunais de justiça de um país congelar / transferir ativos de uma parte que viola esse contrato, do que ordenar que essa parte faça ou se abstenha de fazer algo – especialmente se essa parte for uma parte estrangeira sem presença ou ativos no país, ou se os objetos do acordo não estão localizados lá. Evidentemente, o tribunal de execução poderia ordenar a realização ou a abstenção de realizar uma atividade específica sob pena de multas monetárias ou mesmo penalidades criminais em casos graves, mas isso seria uma medida adicional para se elaborar país a país.

10 Conclusão

Se são necessárias ou não, muitas ações de execução, o principal efeito e benefício desta Convenção para os negócios internacionais brasileiros parece ser mais proativos do que reativos. A obtenção do *status* de execução transfronteiriça elevado para termos de acordos comerciais internacionais mediados, foi projetada para produzir efeitos semelhantes aos de sentenças arbitrais estrangeiras sob a Convenção de *New York*. Quando um número suficiente de países ratificar a Convenção de Cingapura, isso aumentará consideravelmente o *status* da mediação. Nesses países, os termos de acordos internacionais comerciais mediados não serão mais considerados meros contratos – aliás estrangeiros – a serem executados lentamente, se for o caso. Em vez disso, eles obterão uma classificação mais alta e se tornarão obrigatórios por si só com prioridade, de acordo com esta Convenção. O artigo 4, parágrafo 5 estabelece: “Ao considerar o pedido de remédio jurídico, a autoridade competente deve agir com rapidez.”

Com o tempo, isso deve gerar mais confiança no uso de mediação por empresários e advogados preparando contratos para empresas brasileiras que fazem negócios, levando a mais cláusulas de mediação em acordos comerciais internacionais. Isso espalhará as sementes para mediação. As partes em disputa podem optar por mediar após o fato de uma disputa, mas a experiência mostra que a mediação dessas disputas de contratos comerciais internacionais ocorre com muito mais frequência e facilidade quando já prevista no contrato comercial das partes. Isto porque um dos momentos delicados da mediação dá-se quando a

necessidade por ocasião do engajamento da outra parte no processo resolutivo – o que Prof. Roger Fisher chamou “o problema da entrada” (ou *the entry problem* em inglês).

É reconhecido que a mediação, especialmente quando bem-sucedida, quase sempre reduz custos, tempo, energia e estresse gastos. E, ao facilitar a comunicação entre as partes, a mediação também oferece a possibilidade de preservar os relacionamentos comerciais das partes, quando apropriado. Há muito pouca desvantagem na mediação, se houver.

Pode levar algum tempo para a Convenção de Cingapura ganhar força total. Em comparação, a Convenção de *New York* foi assinada pela primeira vez em 1958 por apenas 10 ou 11 países e agora conta com 161 estados signatários.¹² O Brasil o ratificou apenas em 2002, 48 anos depois, logo após o qual a arbitragem comercial internacional cresceu bastante no Brasil, ajudando a trazer um crescimento significativo no comércio internacional. Em comparação com 1958, 46 signatários em Cingapura em 2019 representou um bom começo. A partir da abertura e, até o dia 15 de outubro de 2020, já existem 52. Por essas razões sugerimos que o Brasil tome o lugar de destaque que merece entre as principais nações de comércio e finanças do mundo como Arábia Saudita, China, Coreia do Sul, Estados Unidos, Índia, Israel, e Qatar, assinando e ratificando a Convenção de Cingapura para colher, dentre outros, seus benefícios comerciais o mais rápido possível.

The Singapore Convention and its Benefits for Brazil

Abstract: This article intends to show the validity of the Singapore Convention within the universe of global dispute resolution, and how signing and ratifying it will benefit Brazil. Its effects will be to simplify the enforcement of mediated settlement agreements for international commercial disputes. Judicial intervention will be used to enforce these in ratifying countries on a high priority basis. This article also notes what the Convention does not attempt to do – regulate how mediations are conducted, since this may vary widely around the world. The heart of this article indicates the benefits for Brazil from signing and ratifying it, including benefits for specific sectors such as agriculture and other export-driven businesses. A comparison is made in certain key respects between the Singapore Convention and the New York Convention of 1958 on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, showing the Singapore Convention is more flexible and easier to implement. Some challenges arising with the Convention are described and analyzed before the author concludes that signing and ratifying the Convention will both help Brazilian international businesses and place Brazil alongside its major trading partners such as China, the U.S., South Korea, Saudi Arabia, Israel and India, as one of the leading trading powers of the world.

Keywords: Singapore Convention. International Enforcement of Settlement Agreements. Benefits of the Convention – Brazil, International Commerce. Brazilian Export Agribusiness.

¹² É claro que têm muito mais países no mundo hoje em dia do que em 1958, com o desmoronamento da ex-União Soviética e Iugoslávia, novos estados independentes africanos etc.

Summary: 1 What the Convention Does and Does Not Do – **2** Mediation as Defined by the Convention – **3** Scope of Application of the Singapore Convention – **4** Benefits for Brazil to Sign and Ratify the Singapore Convention – **5** Entry into Force of the Convention – **6** Defenses to Application of the Convention – **7** Easier to Implement than the New York Convention for Arbitration – **8** Limited Reservations Available in the Convention – **9** Some Challenges with the Convention – **10** Conclusion

Referências

INTERNATIONAL MEDIATION INSTITUTE

- Texto da tradução da Convenção de Cingapura em português (tradução livre)

<https://www.imimmediation.org/2019/11/29/singapore-convention-text-in-portuguese/>

SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação: uma solução judiciosa para conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

THE RIO TIMES (jornal online)

- “Brazilian Agribusiness Export Revenue Reached US\$ 96.8 Billion in 2019”, citando dados da Secretaria de Comércio e Relações Internacionais, Ministério de Agricultura, do artigo da revista online *The Rio Times*, 12 de janeiro de 2020.

- “China Exacerbates Chaos by Claiming *Force Majeure* in Commodity Deals”, da revista online *The Rio Times*, 08 de fevereiro de 2020.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL)

- Texto oficial em inglês da Convenção de Cingapura –

https://www.uncitral.org/pdf/english/commission/sessions/51st-session/Annex_I.pdf

- Tabela atualizada dos países signatários e que já ratificaram a Convenção –

https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status

- Convenção de *New York*: Reserva de Reciprocidade. Tabela oficial na página https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MASON, Paul Eric. A Convenção de Cingapura e seus benefícios para o Brasil. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 02, n. 04, p. 181-193, jul./dez. 2020.

Arbitragem: limitação temporal para início do procedimento arbitral – Discussão sobre o instituto, natureza jurídica e possíveis consequências para o esgotamento do prazo

Pedro Henrique Bandeira Sousa

Advogado e árbitro. Mestre em Direito Transnacional pela *Católica Global School of Law* da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa/Portugal (*Master of Transnational Law – CGSL-UCP/Lisboa*). LL.M. em *Law in a European and Global Context* pela *Católica Global School of Law* da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa/Portugal (CGSL-UCP/Lisboa). Especializado em Compliance Anticorrupção pela Legal, Ethics & Compliance (LEC/SP). LL.M. em Direito Corporativo pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC/RJ). Coordenador do Curso Prático de Arbitragem Esportiva do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Membro da Comissão de Arbitragem e da Comissão de Direito Desportivo da OAB/SC. Membro da Comissão de Direito Desportivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). Membro da Ordem dos Advogados de Portugal, seccional de Lisboa.

Resumo: A inserção de um prazo limítrofe para se iniciar o procedimento arbitral, através da convenção de arbitragem, ou pelo regulamento de uma instituição arbitral, é tema pouco discutido pela doutrina nacional. Referido prazo é definido no direito internacional como *statutes of limitation* ou *time bar*, comum em acordos de investimento e na arbitragem desportiva, mas pouco ou quase nunca utilizado em arbitragem comercial. O presente trabalho procurará debater a possibilidade e validade da inserção de limites temporais pela convenção de arbitragem ou pelo órgão arbitral institucional, motivados, sobretudo, pela autonomia da vontade das partes. Serão analisadas questões pontuais como a flexibilidade do procedimento arbitral e os limites da autonomia da vontade das partes, bem como os possíveis efeitos no caso de esgotamento do prazo para iniciar o procedimento arbitral segundo o ponto de vista do cenário brasileiro.

Palavras-chave: Arbitragem. Prazo para instauração. Limitação temporal. Flexibilidade do procedimento arbitral.

Sumário: **1** Introdução – **2** Flexibilidade do procedimento arbitral – **3** Natureza Jurídica do Limite Temporal – **4** Inserção de limite temporal – **5** Do esgotamento do prazo do limite temporal – **6** Considerações finais – Referências

1 Introdução

Um dos pilares da Arbitragem, no Brasil e em âmbito internacional, é a prevalência da autonomia da vontade das partes, ainda que devendo respeitar alguns

princípios inerentes à litigiosidade judicial ou extrajudicial, tais como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal. É a autonomia da vontade que pauta o procedimento arbitral a ser instaurado na existência de um litígio, através da celebração de uma convenção de arbitragem. “Arbitragem é liberdade, arbitragem é autonomia da vontade”.¹

Neste passo, é através da convenção de arbitragem que se determinam os elementos norteadores do procedimento arbitral. Via de regra, encontram-se inseridos na cláusula compromissória qual a legislação aplicável, a composição julgadora, sede da arbitragem, idioma, cronograma, bem como se a arbitragem será realizada através de órgão arbitral institucional ou não.² Em sendo escolhida a utilização de uma instituição, a arbitragem deverá ser instituída e processada conforme regras da referida instituição.³

A Lei 9.307/1996 positivou a autonomia da vontade no art. 21, apontando que “a arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento”. Trata-se da “flexibilidade do procedimento arbitral”, o qual, conforme será melhor debatido adiante, corresponde à possibilidade de se criar um procedimento e de estabelecer regras procedimentais que regem a arbitragem.⁴

Neste sentido, da convenção de arbitragem ou do regulamento da instituição escolhida, pode surgir um elemento que merece discussão por seu caráter extintivo: a determinação de um prazo para se instituir o procedimento arbitral. Inserido este elemento na equação da Arbitragem, cria-se um elemento temporal finalizador que, não sendo respeitado, extingue a possibilidade de instauração do procedimento e encerra a possibilidade de se discutir e dirimir o litígio.

Referido prazo é conhecido no direito internacional como *time limitation*, *time bar* ou *statutes of limitation*,⁵ muito comum em acordos de investimento e na arbitragem desportiva, a qual ganhou mais enfoque recentemente em âmbito nacional. E, em se tratando de um critério que encerra a possibilidade de se discutir uma disputa, especialmente em campos sensíveis à economia nacional e internacional, cabe debater acerca da validade e dos efeitos dos limites temporais impostos pela convenção de arbitragem ou pelo órgão arbitral institucional.

¹ MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do Procedimento Arbitral (Tese de Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (São Paulo), 2010, p. 50.

² Parte-se da premissa que a Convenção de Arbitragem em tela contém uma cláusula cheia, para fins do que será debatido. Cláusulas arbitrais patológicas não serão objeto de estudo neste ensaio.

³ Lei 9.307/96, art. 5º.

⁴ MONTORO, Marcos André Franco. *Op. cit.*, p. 16.

⁵ Ressalte-se que grande parte da doutrina especializada trata de *statutes of limitation* como conceito – e natureza – de prescrição. O assunto será melhor tratado em capítulo posterior.

Serão analisadas questões pontuais, a saber, se a inserção do limite temporal – pelas partes ou pela instituição – apresenta qualquer óbice em face das regras ou fundamentos da Arbitragem e as justificativas para que a inserção seja considerada válida e eficaz.

Ademais, debater-se-á sobre a natureza jurídica desta limitação, face aos institutos da prescrição e da decadência. A própria discussão entre prescrição e decadência é objeto de incontáveis obras acadêmicas, não sendo possível se esgotar o assunto nesta oportunidade. Contudo, é possível se invocar algumas características e entendimentos para tentar, pelo menos, apontar com qual instituto a limitação temporal tem maior proximidade.

Finalmente, sem pretender esgotar a discussão, será analisada e respondida a seguinte questão: entendendo-se que a inserção de uma limitação temporal é lícita e deve ser respeitada, quais seriam os efeitos concretos para as partes no caso de esgotamento do prazo sem a instituição do procedimento arbitral?

2 Flexibilidade do procedimento arbitral

Consoante entendimento majoritário da doutrina, o procedimento arbitral é especial por ser *tailor made*, ou seja, é delineado conforme necessidade das partes e do caso concreto. Não está preso pelas regras e limitações que existem no Código de Processo Civil;⁶ regras estas criadas para que, através de um estatuto único (ainda que com suas variações), pudesse atender demandas de diversas naturezas, diferentes entre si e para que referida regra possa ser aplicada por uma imensa gama de julgadores, em uma grande quantidade de processos. Na arbitragem, cada procedimento é único, desenhado especificamente pelas e para as partes, de acordo com suas necessidades e vontades.

A flexibilidade do procedimento arbitral é importante por dois motivos, quais sejam, (i) possibilidade de moldar o procedimento conforme caso concreto e (ii) possibilidade de redução das diferenças culturais processuais que possam existir entre as partes, por serem oriundas de sistemas jurídicos diferentes.⁷ Trata-se de uma característica de importância ímpar, considerando que, sendo as partes de nacionalidades diferentes e, sem esta flexibilidade, não se alcançaria com facilidade um consenso entre as regras a serem aplicadas no procedimento.

⁶ Em sua tese de doutorado, Marcos André Franco Montoro defende que os procedimentos brasileiros não são tão rígidos como se pensa, devido à existência de regras de flexibilização do sistema. Não se procura afirmar que a arbitragem é tão flexível quanto os demais procedimentos são inflexíveis, como em um sistema totalmente antagônico, mas sim que a flexibilidade da arbitragem permite que algumas características são mais aceitas e aplicáveis na arbitragem – tal como o foco deste artigo, que é a criação de um prazo para o início do procedimento arbitral.

⁷ FICHTNER, José Antonio, MANNHEIMER, Sergio Nelson & MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 56.

Em outras palavras, pode-se dizer que as partes podem determinar na convenção de arbitragem, no termo de arbitragem ou até mesmo no curso do procedimento arbitral, o procedimento que melhor lhes aproveita.⁸ Existem diversas obras dedicadas à discussão da flexibilidade do procedimento arbitral, dado ao fato de ser um assunto deveras complexo e importante para a arbitragem.⁹ O mesmo ocorre em quase todos os campos e discussões da arbitragem, que enfrentou – e ainda enfrenta – diversos questionamentos acerca de sua validade e legalidade. Portanto, para o presente ensaio, os breves comentários acerca deste assunto servirão apenas para concluir o que foi a ideia inicial desta missiva: que a arbitragem tem suas raízes na autonomia da vontade das partes.

Este pensamento está cravado no art. 21 da Lei 9.307/1996, o qual determina que a “arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento”.

Note-se que no mesmo artigo é possível perceber a possibilidade de as partes decidirem, em convenção de arbitragem, que o procedimento seja estabelecido pela instituição arbitral escolhida. Ou seja, a definição das regras que irão nortear o procedimento arbitral pode ocorrer (i) na criação da cláusula arbitral, (ii) no momento da celebração do compromisso arbitral,¹⁰ (iii) no regulamento do procedimento ou (iv) no curso do procedimento arbitral.

Ou seja, a Lei determina expressamente que a arbitragem deverá seguir o procedimento estabelecido pelas partes, com a obrigação de se respeitar (i) os bons costumes e a ordem pública;¹¹ (ii) princípios do contraditório e da igualdade das partes, bem como da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento;¹²

⁸ LEW, Julian D.M., MISTELIS, Loukas, KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer, 2003, p.5 *apud* FICHTNER, José Antonio, MANNHEIMER, Sergio Nelson & MONTEIRO, André Luis. *Op. cit.* p. 56.

⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009; *Flexibilização do Procedimento Arbitral*. Revista Brasileira de Arbitragem, nº 24 – out/dez 2009; PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008; MONTORO, Marcos André Franco. *Op. cit.*, 2010. Neste sentido, será feita uma breve explicação da flexibilidade do procedimento para demonstrar, tão somente, a possibilidade e legalidade da inserção de um *time limitation* ao procedimento arbitral em determinados casos.

¹⁰ Cabe um breve esclarecimento sobre a diferença entre cláusula arbitral e compromisso arbitral: enquanto a primeira ocorre na celebração do contrato, sem a existência de um litígio, mas se aplicando aos futuros, o segundo é celebrado com o contrato em vigência, no momento em que o litígio ocorre. Francisco José Cahali explica que “a convenção arbitral é o gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”. CAHALI, Francisco José. *Convenção de Arbitragem*. Manual de Arbitragem para Advogados. Brasília, 2015.

¹¹ Lei 9.307/1996, art. 2º, § 1º.

¹² Lei 9.307/1996, art. 21, § 2º.

(iii) a própria Lei de Arbitragem e; (iv) princípios processuais constitucionais.¹³ A doutrina especializada apresenta outros limites impostos ao procedimento arbitral, mas, para efeitos do que se debate aqui, não cabe trazê-los à discussão.

Temos, portanto, a primeira problemática em relação à inserção de uma limitação temporal para a instituição da arbitragem: isso porque tal fator não seria propriamente uma questão de *procedimento arbitral*, pois sua aplicabilidade, seu existir, ocorre em momento *anterior* à arbitragem – ou, pelo menos, anterior à instauração do tribunal arbitral. Portanto, cabe analisar se esta limitação temporal está inserida no conceito de flexibilidade do procedimento arbitral ou, de forma mais abrangente, no exercício da autonomia da vontade das partes.

3 Natureza jurídica do limite temporal

Para a presente discussão é importante que se defina, inicialmente, a natureza deste limite, posto que revestido de características de prazo decadencial e de prazo prescricional,¹⁴ antes de se adentrar às questões que envolvem sua aplicação.

Sabe-se que não é possível que se convençionem os prazos prescricionais, motivo pelo qual se faz necessário analisar a questão para se chegar à conclusão acerca da permissibilidade jurídica da inserção do referido limite, qualquer que seja a sua natureza. Outro ponto importante é a possibilidade de se ter uma limitação com dupla característica – decadencial e prescricional – e se isto representaria uma impossibilidade à sua própria existência. No entanto, em que pese a limitação se apresentar em múltiplas formas, apresentando características de ambos os institutos, tem-se que a mesma se aproxima da prescrição, em sua forma *extintiva*.

Como apontado anteriormente, referida limitação temporal se apresenta, em texto simplificado para efeitos de análise, com a seguinte redação:

as controvérsias oriundas ou relacionadas ao presente contrato serão resolvidas de forma definitiva por arbitragem, nos termos do Regulamento da Instituição XPTO, por um ou mais árbitros nomeados nos termos do referido Regulamento, em um prazo máximo de X anos, a partir da data em que a parte teve conhecimento dos eventos que deram origem à disputa”. Ou ainda, como já trazido à discussão:

¹³ Esta classificação é apresentada e defendida por MONTORO em sua tese de doutorado e foi escolhida, dentre outros juristas da doutrina, sem qualquer preferência do autor, mas por ser didática e explicativa suficiente para os objetivos desta obra.

¹⁴ Não se debate aqui a figura da prescrição aquisitiva, mas apenas a prescrição extintiva, ou seja, a perda do direito de ação.

“cessa em dois anos o prazo para apresentar requerimento perante a CNRD, a contar do fato gerador do direito postulado.”^{15 16}

Nos dois exemplos há a previsão de se submeter o procedimento à arbitragem, bem como o prazo para que referida arbitragem se inicie. No direito material, isto está determinado no art. 189 do Código Civil: “[v]iolado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Os dois últimos artigos tratam das demandas que, não sendo ajuizadas em determinado tempo, prescrevem. Trata-se de um direito subjetivo da parte de intentar a demanda em face da lesão de um direito e, uma das possibilidades de se exercer tal direito é a Arbitragem. Contudo, ao contrário do Código Civil e do respectivo Código Processual, que determina o efeito direto da ocorrência da prescrição,¹⁷ na Arbitragem não há explicação das consequências de se ultrapassar os prazos extintivos das pretensões arbitrais.¹⁸ Este assunto será tratado ao longo do trabalho.

Venosa mostra,¹⁹ citando Clóvis Beviláqua, que “prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo”. Neste sentido, o que retira a força do direito não é a falta de seu exercício, mas sim a falta de se utilizar a ação correspondente à defesa desse direito. Trata-se de um dos tipos de extinção do direito, sendo a subespécie de extinção em razão do vínculo jurídico, nas palavras de Caio Mário.²⁰

Em prosseguimento, conforme ensina Nader,²¹ prescrição e decadência convergem em um ponto, qual seja, a inércia do titular de um direito por um tempo superior fixado. As diferenças, contudo, são diversas. Por exemplo, enquanto a decadência não pode ser interrompida ou suspensa, a prescrição permite estas possibilidades. Outro ponto deveras importante é que a prescrição é decorrente de lei, enquanto a decadência pode ser legal, judicial ou negocial.

¹⁵ Câmara Nacional de Resolução de Disputas da Confederação Brasileira de Futebol-CBF.

¹⁶ Como se sabe, existem várias redações de cláusulas arbitrais existentes; procurou-se, neste momento, apenas demonstrar dois exemplos com a inserção da limitação temporal para o início da arbitragem.

¹⁷ Código de Processo Civil, art. 487, inciso II:

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; [...]

¹⁸ NUNES, Thiago Marinho. *Análise dos Efeitos da Prescrição Extintiva na Arbitragem Interna e Internacional com Visão a Partir do Direito Brasileiro* (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 25.

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, cap. 31, 31.4.

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume 1: atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 382.

²¹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Volume 1: parte geral. 11.ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, cap. 23, 155.

Portanto, pode se considerar com segurança que a limitação temporal para a *instauração* do procedimento arbitral tem natureza de prescrição extintiva, donde se depreende que, não tendo a parte iniciado o procedimento dentro do prazo estabelecido, tem como consequência a perda do direito subjetivo de ação. Entretanto, o prazo pode se mostrar na forma de prazo para *recorrer* a outra câmara, como é o caso da CNRD.

Em outra oportunidade, debati quanto à possibilidade da previsão de recorribilidade da sentença arbitral à outra Instituição Arbitral, nomeadamente a previsão de recurso ao Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (“CBMA”)²² das sentenças emitidas pela Câmara Nacional de Resoluções de Disputas da Confederação Brasileira de Futebol (“CNRD-CBF” ou simplesmente “CNRD”).^{23,24}

Pareceu-me clara, possível e válida a previsão de recurso ao CBMA, considerando que a Lei de Arbitragem vedava apenas a recorribilidade ao Judiciário, mas não à outra instituição, apesar de se tratar de questão rara (pois aumenta o decurso de tempo para se alcançar a solução) e setorial (no âmbito nacional, em arbitragem esportiva).²⁵ Assim, havendo recurso para o CBMA, será instaurada nova arbitragem, cuja decisão substituirá a decisão emitida pela CNRD. Portanto, trata-se de um prazo para instauração da (nova) arbitragem e, neste sentido, tal prazo terá natureza decadencial. Não diz respeito à perda do direito subjetivo de ação, mas sim da perda do direito potestativo em recorrer ao CBMA, uma *faculdade jurídica*.²⁶ Não havendo o recurso ao CBMA no prazo de vinte e um dias, a decisão da CNRD se estabiliza.

Ponto importante, apontado no início deste capítulo, é o fato das partes não poderem convencionar os prazos de prescrição. Sendo o prazo da limitação temporal da convenção de arbitragem igual ao que se encontra no Código Civil, não haveria aplicação do art. 192 do Código Civil²⁷ e, portanto, não haveria óbice a sua inserção à luz do instituto. Sendo o prazo *superior* do que se encontra disposto

²² Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. *Regulamento de Arbitragem Esportiva*, fonte http://www.cbma.com.br/regulamento_esportiva, acessado em 10 set. 2020.

²³ SOUSA, Pedro Henrique Bandeira. A Câmara Nacional de Resolução de Disputas da CBF: Instauração do Processo, Procedimento e Natureza das Decisões à Luz do Instituto da Arbitragem. In: DAL MONTE, Douglas Anderson; HORN, Rodrigo de Assis (Org.). *Anuário MH 2019*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2019, p. 261-282.

²⁴ Regulamento da Câmara Nacional de Resolução de Disputas – 2020, art. 36. fonte: <https://www.cbf.com.br/a-cbf/informes/resolucao-litigios/regulamento-da-cnrd>, acessado em 10 set. 2020.

²⁵ *Ibidem*, p. 271.

²⁶ Em palavras de Clóvis Beviláqua, citadas, agora, por Nader (*Op. cit.*, cap. 155): “Se, porém, não se trata de um direito subjetivo, se se trata de uma mera faculdade à qual não corresponde um dever jurídico alheio, então decidimos: estamos diante de uma decadência”.

²⁷ Código Civil, art. 192: “Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes”.

nos artigos 205 e 206, estamos diante de um problema de considerável gravidade. “Superior” porquanto, segundo lições de Orlando Gomes,²⁸

três são as consequências fundamentais que caracterizam a prescrição como uma norma de natureza de ordem pública: 1) os particulares não podem declarar imprescritível qualquer direito; 2) antes de consumada, a prescrição é irrenunciável; 3) os prazos prescricionais não podem ser dilatados pela vontade dos particulares.

Note-se neste último ponto a indicação de proibição da dilação dos prazos, mas não há qualquer menção acerca da redução do mesmo. Segundo Nunes, a redução do prazo não causaria qualquer dano; pelo contrário, seria útil e eficaz à promoção da estabilidade das relações jurídicas.²⁹

No tocante às arbitragens de investimento, como será visto adiante, esse problema é mitigado por se tratar de uma relação internacional, onde não há aplicação direta do direito material brasileiro – devendo ser observada a *lex fori*. Não obstante, merece análise, posto que uma arbitragem internacional cuja sentença deve ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, observará questões de ordem pública nacional, sendo o prazo prescricional uma delas.

Em se tratando de arbitragem interna, onde a ordem pública deve ser observada, o óbice disposto no Código Civil merece atenção no sentido de que até que ponto a lei material (neste quesito) vai ter influência na autonomia da vontade das partes e da flexibilidade do procedimento arbitral.

Como visto, a arbitragem deverá seguir o procedimento estabelecido pelas partes, com a obrigação de se respeitar (i) os bons costumes e a ordem pública; (ii) princípios do contraditório e da igualdade das partes, bem como da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento; (iii) a própria Lei de Arbitragem e; (iv) princípios processuais constitucionais. Poder-se-ia analisar a questão sob o pálio da ordem pública, a luz do art. 2º, §1º da Lei de Arbitragem; contudo, a eventual não observância da ordem pública não é um dos motivos para anulação da sentença arbitral, nos termos do art. 32 da Lei de Arbitragem (ao contrário da homologação de sentença estrangeira, que passa pelo escrutínio da ordem pública nacional).

²⁸ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v.1, p. 498 *apud* NUNES, Thiago Marinho. *Análise dos Efeitos da Prescrição Extintiva na Arbitragem Interna e Internacional com Visão a Partir do Direito Brasileiro*, p. 133.

²⁹ NUNES, Thiago Marinho. *Análise dos Efeitos da Prescrição Extintiva na Arbitragem Interna e Internacional com Visão a Partir do Direito Brasileiro*, p. 308.

A conclusão alcançada por Thiago Marinho Nunes é que

a pretensão arbitral está sujeita aos efeitos do decurso de tempo, isto é, se não exercido o direito subjetivo de instauração de procedimento arbitral no período de tempo determinado pela lei aplicável à controvérsia, a demanda arbitral poderá sofrer os efeitos da prescrição extintiva.³⁰

Com isto, conclui-se que é possível a inserção de limites temporais ao procedimento arbitral, desde que os mesmos observem e estejam de acordo com a lei material aplicável e à ordem pública, notadamente por ausência de regulamentação própria em relação à arbitragem brasileira e internacional. E, por lei material aplicável, importante ressaltar que estamos diante de legislação ordinária ou, no caso da CNRD, estatutos e regulações próprios e do sistema associativo do futebol, como se verá em seguida.

4 Inserção do limite temporal

4.1 Pelas partes através da convenção de arbitragem

Como dito, é claro e indiscutível que as regras que irão reger o procedimento arbitral são aquelas escolhidas pelas partes, criadas por elas na convenção de arbitragem ou eleitas por elas quando da escolha da instituição arbitral responsável pela administração do procedimento.

Portanto, em se admitindo que o procedimento arbitral deve ser adequado à vontade das partes, ter-se-ia por válida a inserção de uma limitação temporal para a instituição do procedimento, seja através da convenção arbitral ou pelo regulamento da instituição. Contudo, esta segunda hipótese merece singular análise, o que se realizará em capítulo posterior.

A problemática que surge em relação a isto é dado ao fato que a Lei estabelece o poder das partes em fixar as regras do procedimento arbitral, mas não faz qualquer menção às regras anteriores ao procedimento, tais como regras de estabelecimento e, foco da presente discussão, prazo. Assim, poderiam as partes, em convenção de arbitragem, limitar o prazo para início do procedimento arbitral, sob pena de “perda” do poder de dar início ao procedimento arbitral?

Segundo a doutrina, a arbitragem se apresenta em três fases distintas: (i) a fase pré-arbitral, (ii) a fase arbitral propriamente dita e a (iii) fase pós arbitral,³¹ donde se verifica que a primeira fase se “encerraria” com a instituição da arbitragem.

³⁰ *Ibidem*, p. 126.

³¹ CARLOS ALBERTO CARMONA, 2004; PEDRO A. BATISTA MARTINS, 2006; LEANDRO R. RENNÓ LIMA, 2003; RAFAEL FRANCISCO ALVES; *apud* MONTORO, Marcos André Franco, *op. cit.*, p. 52.

Portanto, a consignação de um determinado prazo para instauração do procedimento arbitral estaria inserida nesta fase e, dada a já explicada flexibilidade do procedimento arbitral, devidamente justificada pela autonomia da vontade, não parece haver qualquer problema a inserção de prazo para início do procedimento arbitral pelas partes, devidamente firmado na convenção de arbitragem.

Olhando a situação em sentido inverso, é possível que as partes convencionem prazos *intra* procedimentais, como prazos para apresentação de alegações iniciais, provas e, o que já se encontra previsto na Lei, prazo para apresentação da sentença arbitral.³² Seria crível e lógica a permissão de determinação de prazos antes do início do procedimento. Thiago Marinho Nunes destina inteiramente sua tese à discussão da prescrição extintiva na arbitragem interna e internacional, em face ao direito brasileiro, dedicando especial atenção a esta matéria, ensinando acerca da “flexibilidade temporal” que é resguardada às partes em um procedimento arbitral.³³

No entanto, a questão sensível reside no fato de que a perda de um dos prazos supracitados não tem como consequência o fim do procedimento arbitral, o “encerramento” da resolução do litígio,³⁴ ao passo que um prazo para a instituição do procedimento arbitral, uma vez ultrapassado, representaria a impossibilidade de se iniciar o procedimento, afastando qualquer possibilidade de discussão da matéria, até mesmo no judiciário – melhor debatido ao longo deste trabalho.

Assim, em se tratando de prazo que eventualmente limitaria o direito das partes, a discussão que carece de resposta mais precisa, pela ausência de casos concretos no judiciário, é se a autonomia da vontade é motivadora suficiente para validar a inserção de um prazo para instauração do procedimento arbitral. Na opinião deste escritor, em se tratando do principal pilar da arbitragem, referido prazo não só é válido, quanto não representa qualquer obstáculo às pretensões das partes, posto que o prazo foi criado e inserido pelas próprias partes; no caso do prazo do regulamento da instituição, aplica-se a mesma lógica, pois as partes, ao escolherem a instituição, anuíram com o prazo lá disposto.

Importante ressaltar que a arbitragem deve respeitar os princípios constitucionais e de ordem pública, tais como devido processo legal, contraditório, ampla defesa, bem como a ordem pública processual e as disposições da Lei de Arbitragem. Neste passo, tendo as partes convencionado um prazo para instauração do procedimento arbitral, o que é representação da autonomia da vontade das

³² Lei. 9.307/96, art. 11, III.

³³ NUNES, Thiago Marinho. *Análise dos Efeitos da Prescrição Extintiva na Arbitragem Interna e Internacional com Visão a Partir do Direito Brasileiro*, p. 76.

³⁴ Contudo, merece especial menção à possibilidade de se ajuizar Ação Anulatória de sentença arbitral proferida fora do prazo estipulado pelas partes ou pelo Regulamento. Seria uma perda do prazo pelo árbitro, não pelas partes, no entanto.

mesmas, não haveria qualquer lesão aos princípios supracitados e norteadores da Arbitragem.

Exemplo da inserção de limitação temporal pelas partes ocorre nos Acordos de Investimento entre países, onde as partes convencionam um prazo máximo para instauração do procedimento, dada a natureza dos acordos celebrados. Apenas para exemplificar, em acordo bilateral realizado entre a Áustria e o Cazaquistão com o objetivo de promover e proteger investimentos, restou previsto:

a dispute may be submitted for resolution pursuant to paragraph 2(c) of this Article after sixty (60) days from the date of notice of intent to do so was provided to the Party, party to the dispute, but not later than five (5) years from the date the investor first acquired or should have acquired knowledge of the events which gave rise to the dispute.³⁵

No caso, a parte demandante teria 5 anos para iniciar o procedimento arbitral, sob pena não mais poder fazê-lo.

Há acordos bilaterais assinados pelo Brasil que também apresentam disposições de *time limitations*; contudo, embora assinados, os mesmos ainda não se encontram em vigência (*signed, not in force*). No acordo entre o Brasil e os Emirados Árabes Unidos,³⁶ assinado em 2019, por exemplo, tem-se o art. 25(5), que trata da “solução de controvérsias entre as Partes”, e determina que o “artigo não se aplicará a qualquer controvérsia, se houver transcorrido mais de 5 (cinco) anos a partir da data na qual a Parte teve conhecimento ou deveria ter tido conhecimento dos fatos que deram lugar à controvérsia”. O mesmo artigo, com a mesma redação, aparece ainda em tratado assinado entre o Brasil e o Equador,³⁷ bem como outros acordos assinados pelo Brasil.

No mesmo passo, tem-se o *NAFTA – North American Free Trade Agreement*, importante acordo de comércio, mundialmente reconhecido, que insere disposição similar em seu conteúdo, determinando que o procedimento arbitral não será

³⁵ *Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment between the Government of the Republic of Austria and the Government of the Republic of Kazakhstan*, fonte: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3143/download>, acessado em 24 ago. 2020.

³⁶ *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre e República Federativa do Brasil e os Emirados Árabes Unidos*, fonte: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5856/download>, acessado em 28 ago. 2020.

³⁷ *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre e República Federativa do Brasil e a República do Equador*, fonte: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5888/download>, acessado em 28 ago. 2020.

iniciado se ultrapassado o prazo de 3 anos da ciência da ofensa.³⁸ Outros acordos seguem o mesmo raciocínio.³⁹

Outro exemplo da aplicação dos limites temporais, no caso *Corona Materials v. República Dominicana*⁴⁰ o tribunal decidiu que a demanda tinha um *time bar* de 3 anos, segundo o que dispunha o acordo *DR-CAFTA – Dominican Republic-U.S. Central America Free Trade Agreement*; assim, devido ao fato da empresa não ter iniciado o procedimento dentro deste prazo, a demanda era inadmissível.⁴¹

Um problema que surge é quando não há a inserção de limitações temporais pelas partes, mas sim pela legislação nacional local onde se realiza a arbitragem, como por exemplo no caso *Interocean v. Nigéria*.⁴² Contudo, esta discussão deve ser realizada em outra oportunidade, por fugir do escopo desta produção.

4.2 Pelo órgão arbitral institucional através de regulamento

Em se tratando de inserção de limitações temporais pela instituição, não nos deparamos com tamanha diferença que exija maiores debates, sendo suficiente o esclarecimento acerca da aplicação de seus regulamentos, causa e consequência, que culminará praticamente na mesma conclusão de que, uma vez pautada na vontade das partes, pouca resistência deverá encontrar para sua aplicabilidade.

O órgão institucional arbitral, mais comumente conhecido como Câmara Arbitral, é uma

³⁸ NAFTA – North American Free Trade Agreement, artigos 1116(2) e 1117(2), fonte: <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement/mvid/2#A1121>, acessado em 01 ago. 2020.

³⁹ Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA, Between Canada and the European Union (and its Member States), artigo 8.19(6), fonte: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf, acessado em 01 ago. 2020.

⁴⁰ International Centre for Settlement of Investment Disputes–ICSID, case ARB(AF)/14/3. *Corona Materials v. República Dominicana*. J. 31 mai. 2014, fonte: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7314.pdf>, acessado em 29 ago. 2020.

⁴¹ DR-CAFTA–Dominican Republic–United States Central America Free Trade Agreement, fonte: [https://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/UnitedStates-DominicanRepublic\(CAFTA\).pdf](https://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/UnitedStates-DominicanRepublic(CAFTA).pdf), acessado em 01 set. 2020.

⁴² International Centre for Settlement of Investment Disputes–ICSID, case ARB/13/20. *Interocean v. Nigéria*. J. 29 out. 2014, fonte: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6336.pdf>, acessado em 29 ago. 2020. Na decisão, ficou decidido que muito embora haja previsão legal em lei nacional que limite as demandas contratuais e demandas contra o governo, não importava à arbitragem pois não tratavam de violação ao direito internacional, plano aplicável ao caso concreto.

“123. The Tribunal has found nothing in the NIPC Act which indicates the time frame for bringing a claim for breach of that Act. Rather, the limits under Nigerian law which have been drawn to the Tribunal’s attention address court actions related to contract claims or claims against the government.

124. Although limits under Nigerian law exist with respect to court actions related to contract claims and court actions against the government, none proves relevant to this arbitration, which relates to violation of international law. By their nature, the Claimants’ requests sound in expropriation of property, alleging that the government conspired with Mr. Fadeyi to wrest control of Pan Ocean from its rightful owners”.

pessoa jurídica criada para o fim de organizar um procedimento arbitral, dispondo de regras que vinculam as partes litigantes, os árbitros e o próprio centro, que devem primar pelo bom e regular processamento da arbitragem, garantindo eficácia mínima à sentença arbitral, sendo a sua atuação de caráter administrativo-organizacional, sem qualquer elemento de jurisdicionalidade.⁴³

O art. 5º da Lei de Arbitragem não deixa dúvidas quanto à aplicabilidade do regulamento das câmaras nos casos em que lhe for confiada a regência do procedimento arbitral.⁴⁴ Neste sentido, nos termos da convenção de arbitragem e segundo regras estipuladas na mesma, o início do procedimento ocorre da seguinte forma: uma das partes encaminha à instituição sua petição inicial para que a mesma movimente a outra a apresentar sua defesa.⁴⁵ Em linhas gerais, na manifestação da parte “demandante” haverá o apontamento da convenção de arbitragem que remete à instituição o procedimento em tela.

O procedimento arbitral propriamente dito somente se considera instituído com a aceitação da nomeação do árbitro ou do tribunal,⁴⁶ conforme caso concreto.⁴⁷ Entretanto, antes mesmo da movimentação inicial de uma das partes, tem-se que o regulamento da instituição já se encontra em vigência, devendo ser aplicado. Isto ocorre devido ao fato que, no momento em que as partes pactuaram em convenção a escolha da instituição, passa a ter vigor o procedimento estabelecido por esta em seu regulamento.⁴⁸

Vale dizer que, invariavelmente, aplica-se aqui o mesmo debate e conclusão realizados no capítulo anterior, posto que o emprego do regulamento da instituição nada mais é do que a representação da vontade das partes, devidamente delineada através da convenção de arbitragem.

⁴³ NUNES, Thiago Marinho; SILVA, Eduardo Silva da; GUERRERO Luis Fernando. *O Brasil como sede de arbitragens internacionais: a capacitação técnica das câmaras arbitrais brasileiras*. São Paulo: RT, 2009, apud FICHTNER, José Antonio, *et. al., op. cit.* p. 90.

⁴⁴ Não se adentrará nesta oportunidade na análise dos regulamentos das diversas câmaras existentes no Brasil e internacionalmente, mas tão somente se, havendo previsão de um prazo para instituição da arbitragem, referida imposição é válida.

⁴⁵ É comum realizar um cenário mental de litígio: “uma parte contra a outra”. A terminologia escolhida procura apenas demonstrar que uma parte irá apresentar suas razões iniciais e a outra, sua resposta, qualquer que seja a terminologia: petição, ofício, carta, resposta, razões, contestação, etc.

⁴⁶ Neste trabalho haverá diversas menções da palavra árbitro, entendendo-se aqui como sendo o árbitro único ou tribunal arbitral.

⁴⁷ Lei 9.307/96, art. 19.

⁴⁸ Não se procura debater casos excepcionais no momento, tais como a recusa da instituição em administrar a arbitragem. Isto pode ocorrer, por exemplo, no caso de criação de regras *excêntricas* na convenção de arbitragem, que coincidem frontalmente com o regulamento da instituição; ou simplesmente porque a instituição se recusou a conduzir o procedimento. MONTORO explica que este é um dos exemplos que tornam uma cláusula *cheia* em *vazia*, pois não há como cumprir com o que foi acordado na referida convenção, devido à recusa da instituição.

Neste sentido, Cahali ensina que “indicando as partes a instituição para administrar a arbitragem, nada mais será necessário prever, pois o regulamento da entidade certamente contém todas as regras e providências a serem adotadas pelas partes ao pretenderem instaurar a arbitragem diante do conflito decantado”.⁴⁹

Portanto, certo é que as partes se submetem por completo – desde que respeitada qualquer disposição específica na convenção de arbitragem e cabendo às instituições o aceite de tais disposições⁵⁰ – ao regulamento da câmara: inclusive os prazos lá dispostos.

Acerca deste fato, não há qualquer discussão sobre a validade da imposição de prazos constantes nos regulamentos das Câmaras mais conhecidas.⁵¹ Contudo, a prática de inserção de limites temporais para início do procedimento arbitral é rara, para não dizer quase inexistente. No Brasil temos um exemplo em vigência, o da CNRD.

Segundo o que dispõe o art. 43 do regulamento da CNRD, cessa em dois anos o prazo para (i) apresentar requerimento perante a referida câmara arbitral (e iniciar o procedimento) e (ii) iniciar o trâmite especial de violação ao Regulamento Nacional de Registro e Transferência de Atletas de Futebol – RNRTAF.

Ou seja, com a escolha da CNRD – e seu regulamento – como câmara arbitral que irá conduzir a resolução de seus litígios,⁵² as partes aceitam expressamente que o prazo para iniciar o procedimento arbitral seja de dois anos, nos termos do supracitado art. 43. Em outras palavras, havendo limitação temporal para instituição da arbitragem no regulamento de uma instituição escolhida pelas partes, a mesma é válida pois, quando as partes escolheram referida instituição, anuíram com seu regulamento por completo.

Por fim, a pergunta que surge com a análise dessa inserção temporal é a que se inicia: o que ocorre no caso de perda deste prazo para início do procedimento?

5 Do esgotamento do prazo do limite temporal

5.1 Questão de admissibilidade ou jurisdição?

⁴⁹ CAHALI, Francisco José, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁰ O Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CMBA, por exemplo, determina em seu Regulamento, item 2.5, que “as partes poderão convencionar prazos distintos daqueles estabelecidos neste Regulamento, cabendo ao Tribunal Arbitral aprová-los [...]”.

⁵¹ Tais como prazo para apresentação de resposta, prazo para designação de árbitro único, prazo para impugnação aos árbitros, prazo para prolação da sentença, dentre outros.

⁵² Em outro artigo de minha autoria pude discutir a natureza arbitral das decisões emitidas pelo CNRD, motivo pelo qual mostrou-se adequada a utilização da Câmara como exemplo para a presente discussão. Vide nota 23.

Hipótese a ser analisada: as partes celebram uma convenção de arbitragem, elegendo uma Instituição para reger eventual resolução de litígios e o regulamento da mesma indicava que o prazo para início do procedimento arbitral era limitado a um determinado número de anos. Ocorrida lesão ao direito de uma das partes,⁵³ tem-se que o procedimento foi iniciado um mês após o prazo limite, sem que se tenha apresentado qualquer causa válida de interrupção do prazo. A Instituição, então, não admitiu o prosseguimento da demanda, não havendo, sequer, formação do tribunal arbitral.

Prima facie, diante do cenário acima proposto, surge uma primeira dúvida em relação à natureza dessa decisão da Instituição: seria ela uma questão de admissibilidade ou de jurisdição? Em sendo de admissibilidade, poderia ser resolvida pela Instituição através da interpretação e aplicação de seu regulamento; contudo, sendo ela de jurisdição, deveria ser analisada pelo árbitro, posto que é de sua competência exclusiva analisar sua própria jurisdição acerca do litígio, por força do princípio *kompetenz-kompetenz* (competência-competência).

Aqui se faz necessário fazer uma distinção quanto ao processo civil, posto que a matéria poderia servir de parâmetro para dar combustível ao debate. Uma vez ajuizada a demanda judicial, todas as questões serão decididas pelo magistrado, ou seja, haverá necessariamente uma sentença de extinção – com ou sem resolução de mérito. A admissibilidade se apresenta sob duas formas: requisitos necessários para o direito de ação e requisitos para que o processo seja constituído e prossiga com seu regular desenvolvimento.⁵⁴ Isto quer dizer que, para a definição acerca da inadmissibilidade, seria necessária a manifestação do Juiz o que, na arbitragem, poder-se-ia acontecer em momento anterior à formação do tribunal.

Analisando-se os Regulamentos das conhecidas Instituições Arbitrais do mercado, é possível visualizar alguns exemplos de movimentação procedimental antes de se instituir o tribunal,⁵⁵ sendo os mesmos deveras importante para

⁵³ Para efeitos do debate, qualquer que seja a natureza da lesão, desde que motive o início do procedimento arbitral. Ademais, procurou-se no momento simplificar o trâmite de inadmissibilidade do procedimento, sem se adentrar nas peculiaridades dos diversos regulamentos das instituições arbitrais existentes.

⁵⁴ AURELLI, Arlete Inês; BUENO, Cassio Scarpinella (coord.) e NETO, Olavo de Oliveira (coord.). *Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo III (recurso eletrônico): processo civil*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 3.

⁵⁵ **Câmara de Comércio Brasil-Canada – CCBC. Regulamento de Arbitragem:** “4.5. Antes de constituído o Tribunal Arbitral, o Presidente do CAM-CCBC examinará objeções sobre a existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem que possam ser resolvidas de pronto, independentemente de produção de provas, assim como examinará pedidos relacionados a conexão de demandas, nos termos do artigo 4.20. *Em ambos os casos, o Tribunal Arbitral, após constituído, decidirá sobre sua jurisdição, confirmando ou modificando a decisão anteriormente prolatada.*” (grifado). Fonte: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>, acessado em 10 ago. 2020.

International Chamber of Commerce – ICC. ICC Rules of Arbitration: “Artigo 6: Efeitos da Convenção de Arbitragem

perceber que não há uma regra única para todas as instituições de arbitragem, donde se depreende que em algumas o tribunal será formado em qualquer hipótese e, em outras, não deverá haver formação do tribunal, pois a decisão será dada pela própria instituição, nos termos de seu regulamento. Pode se dizer que em alguns casos a questão será de jurisdição e, em outras, de admissibilidade.

Destaque-se o Regulamento de Arbitragem Esportiva do CBMA pois, atuando a Instituição como instância recursal das decisões da CNRD, fica mais clara ainda a natureza de *admissibilidade* que a decisão de não prosseguimento do procedimento terá, uma vez ultrapassado o prazo ou se o CBMA manifestamente não tiver jurisdição no litígio. Curiosamente, ainda que se falando em jurisdição neste caso, a decisão continua revestida de natureza de admissibilidade e não, propriamente, de jurisdição.

[...] 3) Se qualquer parte contra a qual uma reclamação foi feita não enviar uma resposta, ou se alguma parte apresentar um ou mais argumentos a respeito da existência, validade ou escopo da convenção de arbitragem, ou se todas as reivindicações feitas na arbitragem puderem ser determinadas em conjunto em uma única arbitragem, a arbitragem deve prosseguir e qualquer questão de jurisdição, ou se as reivindicações podem ser determinadas em conjunto nessa arbitragem, devem ser decididas diretamente pelo tribunal arbitral, a menos que o Secretário-Geral remeta a questão ao Tribunal para sua decisão nos termos do artigo 6(4).

4) Em todos os casos submetidos ao Tribunal nos termos do artigo 6(3), o Tribunal decidirá se, e em que medida a arbitragem deve prosseguir. A arbitragem prosseguirá se, e na medida em que o Tribunal estiver satisfeito, à primeira vista, com a possibilidade de existir um acordo de arbitragem nos termos do Regulamento. [...]” (tradução livre do original, grifado). Fonte: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>, acessado em 10 ago. 2020.

American Chamber of Commerce – AMCHAM. Regulamento de Arbitragem: “5.4. As objeções quanto à existência, validade ou escopo da convenção de arbitragem, assim como da competência do Tribunal Arbitral de acordo com a convenção de arbitragem, deverão ser suscitadas na Resposta ao Pedido de Instauração do Procedimento Arbitral e serão decididas pelo Tribunal Arbitral, de acordo com este Regulamento.” (grifado). Fonte: <https://www.amcham.com.br/o-que-fazemos/arbitragem-e-mediacao>, acessado em 10 ago. 2020.

Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Regulamento de Arbitragem – CBMA. Regulamento de Arbitragem: “4. Eficácia da Convenção de Arbitragem

4.1. Questionada a existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem, o Centro deverá dar prosseguimento à arbitragem, *exceto quando entender ser a convenção de arbitragem manifestamente inexistente, inválida ou ineficaz.*

4.2. Caberá ao Tribunal Arbitral decidir acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, do contrato que contenha a cláusula compromissória, bem como sobre a sua própria competência. *A decisão do Centro pelo prosseguimento da arbitragem conforme o item 4.1 acima não vincula o Tribunal Arbitral.*” (grifado). Fonte: http://www.cbma.com.br/regulamento_1, acessado em 10 ago. 2020.

CBMA – Regulamento de Arbitragem Esportiva: “5.1. Na hipótese de ausência de previsão sobre o prazo para interposição de recurso no estatuto ou no regulamento da federação, associação, ou outro órgão esportivo, ou, ainda, no acordo firmado entre as Partes, o referido prazo será de 21 (vinte e um) dias, contados da data em que Partes foram cientificadas da decisão recorrida.

5.2. *O Presidente do CBMA não prosseguirá com o procedimento caso o Recurso tenha sido apresentado manifestamente fora do prazo ou se o CBMA manifestamente não tiver jurisdição sobre o litígio. Nessa hipótese, o Recorrente deverá ser prontamente notificado sobre o encerramento do procedimento.*

5.3. *Caso o Recurso tenha prosseguimento, a parte interessada poderá requerer ao Tribunal Arbitral ou ao árbitro único a extinção do procedimento arbitral, com base na alegação de intempestividade ou ausência de jurisdição.*” (grifado). Fonte: http://www.cbma.com.br/regulamento_1, acessado em 10 ago. 2020.

Assim, ao se tratar de um prazo limítrofe para iniciar um procedimento arbitral inserido pelas partes – através de convenção de arbitragem ou pela escolha de uma câmara e seu regulamento – poderia se estar diante de uma condição de admissibilidade do procedimento, em momento anterior à confirmação da jurisdição pelo tribunal. Nesta situação, não seria caso, ainda, de debater sobre a jurisdição e competência do árbitro, motivo pelo qual não haveria necessidade em formar o tribunal para que o procedimento fosse recusado.⁵⁶

Não obstante tais conclusões, importante salientar que a Lei de Arbitragem é categórica ao estipular no parágrafo único do art. 8º que cabe 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. Portanto, em sendo a inserção de limite temporal na convenção uma questão de validade ou eficácia da convenção de arbitragem, deve a matéria ser decidida pelo árbitro e, assim, seria uma questão de jurisdição e não de admissibilidade.

No entanto, a inserção da limitação temporal e sua observância para se instaurar o procedimento arbitral não está ligada à convenção arbitral em si, mas sim no direito subjetivo de instaurar o procedimento, como visto no capítulo 3. Portanto, a competência exclusiva dada ao árbitro no parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem.

Assim, pode se concluir que a natureza da decisão do tribunal vai depender do momento em que o mesmo emite sua posição acerca da limitação temporal: se o faz antes de se confirmar a jurisdição, mostra-se com natureza de admissibilidade – o tribunal tem competência mas esta impossibilidade de exercê-la por força da perda do prazo; contudo, se o faz no mesmo momento em que confirma sua competência, tem natureza de jurisdição – o tribunal tem competência para o litígio e declara, por força do esgotamento do prazo, que o procedimento não deva ser dado prosseguimento.⁵⁷ Por fim, sem maiores delongas acerca do caso, referida decisão tem poder de coisa julgada, como qualquer decisão arbitral.

5.2 Possíveis consequências do esgotamento do limite temporal

Independente de estarmos diante de uma questão de admissibilidade ou jurisdição, pode-se apontar algumas opções disponíveis à parte, após o escoamento

⁵⁶ Ou *inadmitido, negado, rejeitado*, não importando a terminologia, mas a consequência.

⁵⁷ O autor não logrou êxito na localização de processos judiciais discutindo a existência e validade de prazos prescricionais para a instauração do procedimento arbitral até a data da conclusão do trabalho, na primeira quinzena de março de 2020. Portanto, trata-se aqui de mera suposição.

do prazo para instaurar o procedimento arbitral. Isto porque os remédios que são sugeridos aqui se aplicam ao caso concreto nas duas situações, sendo questão de admissibilidade ou de jurisdição. As eventuais diferenças na discussão de cada remédio serão propriamente apontadas.

Neste passo, pode a parte demandante: (i) exigir o prosseguimento da arbitragem ao árbitro único ou a formação do tribunal arbitral para analisar a questão; (ii) apresentar recurso à outra câmara arbitral;⁵⁸ (iii) levar a questão ao judiciário, pleiteando anulação da decisão (que, por ora, não se chamará de sentença); (iv) levar a questão ao judiciário, pleiteando a instituição da arbitragem.

O rol acima é meramente sugestivo, posto que outras opções podem ser apresentadas pelos pensadores do direito. Entretanto, crê-se que as conclusões para as opções acima não seriam tão dispares.

5.2.1 Prosseguir com a arbitragem

Conforme apontado no capítulo 5.1, esta primeira opção depende de análise de cada regulamento das diversas instituições existentes, para se averiguar se há no regulamento limitações temporais que se insiram no escopo desta discussão. Tomando-se o Regulamento de Arbitragem Esportiva do CBMA, já colacionado, verifica-se que é do Presidente da instituição a incumbência de decidir se o recurso será inadmitido de plano pela extemporaneidade (caso em que o recorrente deve ser notificado) ou se o recurso prosseguirá, podendo a parte interessada arguir a intempestividade ao árbitro ou ao tribunal formado.⁵⁹ Nos termos do Regulamento da ICC, temos a mesma situação, ou seja, a Instituição que determinará o prosseguimento da arbitragem. Não cabe à parte, no entanto, essa decisão de prosseguimento.

Já nos demais exemplos colacionados, o tribunal será efetivamente constituído, para que as questões sejam analisadas e decididas pelo mesmo. Mesmo se considerando o prosseguimento da arbitragem, sendo levada a matéria ao tribunal e, tendo ultrapassado um prazo que foi instituído por vontade das partes (na convenção ou através do regulamento), é aceitável crer que nem mesmo o árbitro determinaria a continuidade do procedimento.

Isto porque o árbitro se veria limitado pelo que dispõe a convenção de arbitragem, seus limites, estando assim diretamente compelido a respeitar a limitação temporal estabelecida. Neste sentido, Fichtner, Mannheimer e Monteiro explicam que o procedimento arbitral deve seguir, em ordem de preferência, (i)

⁵⁸ Como já dito, no caso da CNRD há previsão de recurso ao CBMA, utilizando-se o Regulamento de Arbitragem Esportiva desta Câmara.

⁵⁹ Regulamento de Arbitragem Esportiva do CBMA, 5.2 e 5.3.

a sequência de atos convencionada pelas partes; (ii) a sequência de atos disposta no regulamento da instituição e; (iii) a sequência de atos que os árbitros estabelecerem.⁶⁰ Interpretando esse raciocínio, reiterando que os árbitros devem decidir dentro dos limites da convenção de arbitragem, pode-se dizer que os atos estabelecidos pelos árbitros seriam válidos na inexistência, omissão ou como complementação dos atos estabelecidos pelas partes e pela instituição, o que não é o caso em tela.

Seguindo o entendimento acima, de acordo com Luiz Olavo Baptista, o árbitro tem, nos termos do art. 21 da Lei 9.307/96, poder normativo e pode criar procedimentos que não estejam no regulamento ou, até mesmo, realizar adaptações.⁶¹ Todavia, não estamos diante de uma omissão do regulamento, mas de uma previsão expressa – seja na convenção ou no regulamento.

Contudo, cabe aqui fazer uma ressalva, traçando um paralelo para enriquecer a questão: sabe-se que o Juiz de direito não pode reconhecer de ofício a convenção de arbitragem para extinguir o processo judicial; deve, para que isto ocorra, ser provocado em sede de contestação.⁶² Assim, tendo-se por base que é o próprio painel que analisa sua competência por força do já mencionado princípio *kompetenz-kompetenz*, poderia o tribunal analisar de ofício as questões sobre a admissibilidade, sem qualquer provocação das partes?

Repise-se que o tribunal não está vinculado ao que determina o Código de Processo Civil e, neste caso, à proibição de reconhecimento da matéria de ofício (desde que esteja inserida no escopo da convenção de arbitragem); portanto, ao receber o procedimento e verificar que há a questão de esgotamento do prazo para instauração, poder-se-ia resolver a questão antes mesmo de recusar ou confirmar a jurisdição. Referida decisão, no entanto, não teria a natureza de uma decisão final, de uma decisão arbitral; fato este que terá relevância ao discutir a opção três em breve.

Nunes⁶³ entende que o momento de se discutir a matéria é depois da constituição do tribunal:

[...] sem que se conteste a natureza jurisdicional do poder do árbitro, este somente poderá decidir sobre uma alegação de ocorrência de prescrição quando efetivamente for provocado pela parte interessada. É condição essencial de validade da arbitragem que, uma vez

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 57.

⁶¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem: aspectos práticos*. Revista Brasileira de Arbitragem, Porto Alegre: Síntese, ano 1, n. 0, *apud* FICHTNER, José Antonio, MANNHEIMER, Sergio Nelson & MONTEIRO, André Luis. *Op. cit.* p. 58.

⁶² Código de Processo Civil, art. 337, §5º: “Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo”.

⁶³ NUNES, Thiago Marinho. *Análise dos Efeitos da Prescrição Extintiva na Arbitragem Interna e Internacional com Visão a Partir do Direito Brasileiro*, p. 138.

instaurado o competente procedimento, seja a parte demandada imediatamente instada a indicar árbitro. Apenas quando constituído o tribunal arbitral e firmado o termo de arbitragem é que eventuais alegações a respeito da ocorrência da prescrição poderão ser expostas pelo interessado, e, se for o caso, imediatamente decididas pelo árbitro.

Outro ponto que será discutido adiante é o ajuizamento de ação anulatória no caso de o tribunal confirmar a competência, ultrapassando fato de que a limitação temporal se esgotou, seja por entender que a mesma não se aplica, porque não a reconheceu de ofício, *inter alia*.

5.2.2 Apresentar recurso à outra Instituição

No tocante a segunda opção, deve ser verificado o caso concreto, pois a possibilidade de haver recurso de sentença arbitral para outra câmara não é prática comum. Tomando-se como exemplo a CNRD, em que há previsão no regulamento de recurso ao CBMA, a análise que deve ser feita antes de se alcançar qualquer conclusão é se essa decisão seria recorrível ou não. O regulamento da CNRD apresenta dúvidas, ao passo que o regulamento do CBMA é mais objetivo – e ainda assim abre espaço para discussão.

O art. 36 do regulamento da CNRD preceitua que “*os recursos das decisões finais da CNRD devem ser interpostos no Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA)*”. Ainda não há na CNRD casos em que houve a recusa de um procedimento pela questão da admissibilidade prevista no art. 43. Porém, segundo os procedimentos da Câmara, as demandas são recebidas, analisadas pela Secretaria e encaminhadas para o Presidente para redirecionamento interno ao membro relator e é neste momento em que será analisada a questão da admissibilidade; pelo Presidente, antes da formação do tribunal. É assim que ocorre, por exemplo, no procedimento adotado pelo regulamento de Arbitragem Esportiva do CBMA.⁶⁴

A questão que surge se dá devido ao fato que o art. 43 do regulamento da CNRD fala em “*decisão final*”, o que nos remete à uma decisão dada pelo árbitro, uma sentença arbitral. Ou seja, uma decisão final acerca do caso concreto, do direito material, sendo que a decisão de recusa de prosseguimento é meramente de admissibilidade. Ressalte-se aqui que não se discute a jurisdição do tribunal; isto porque o tribunal teria jurisdição, mas essa análise acerca da admissibilidade

⁶⁴ Regulamento de Arbitragem Esportiva CBMA, 5.2.

e prosseguimento é realizada antes de se submeter a demanda ao árbitro, para que possa aplicar o princípio *kompetenz-kompetenz*.

Já o Regulamento de Arbitragem Esportiva do CBMA determina, em seu art. 4.1, que “a parte interessada poderá recorrer de decisão proferida por federação, associação ou qualquer outro órgão ou entidade esportiva, caso o estatuto ou o regulamento da entidade preveja tal possibilidade, ou caso as Partes tenham celebrado acordo específico nesse sentido”. Assim, pelo regulamento do CBMA qualquer decisão proferida pela CNRD seria passível de recurso ao CBMA.

Em suma, o regulamento do CBMA diz que a parte poderá recorrer de decisão caso o estatuto ou regulamento da entidade preveja a possibilidade; já o regulamento do CNRD diz que caberá recurso das decisões finais. Unindo os dois regulamentos pode ser concluir que não sendo a decisão de admissibilidade uma decisão final, não caberia recurso ao CBMA e, caso houvesse dito recurso, o CBMA não teria competência para recebê-lo: o regulamento da CNRD não prevê a possibilidade de recurso de decisões de admissibilidade e, assim, não se preenche o requisito do art. 4.1 do regulamento do CBMA (“caso o estatuto ou o regulamento da entidade preveja tal possibilidade”).

5.2.3 Ajuizamento de ação anulatória

No tocante a terceira opção, alguns aspectos devem ser levantados para o debate. Inicialmente, (a) se a natureza da decisão é meramente de admissibilidade – como uma decisão emitida diretamente pela Instituição antes da constituição do tribunal – ou; (b) se trata-se de uma decisão emitida pelo tribunal, seja ela parcial ou total (final).

Sendo tal decisão emitida pela Instituição em seu poder institucional e de acordo com seu Regulamento, não se estaria diante de uma decisão final (daí a opção de não utilizar a palavra sentença), seja ela parcial ou total, nem mesmo uma decisão interlocutória de caráter substancial, donde se depreende que, caso fosse, ensejaria possível discussão de nulidade no judiciário, por força do art. 32 da Lei de Arbitragem.⁶⁵ Não se verifica, no caso, qualquer incidência dos incisos do referido artigo de lei.

⁶⁵ Lei 9.307/96:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

Para se chegar à esta conclusão, deve ser analisado o *conteúdo* da decisão e não sua categorização; nesta linha de raciocínio, tem-se a decisão Supremo Tribunal Federal da Suíça, ao julgar o Caso 4A_413/2019, deveras importante para a comunidade arbitral, especialmente a arbitragem esportiva. Na fase de arbitragem do caso, que tramitou na Corte Arbitral do Esporte (*Court of Arbitration for Sport – CAS/TAS*), uma das partes recorridas defendeu que o recurso protocolado era extemporâneo por ter sido protocolado por representante sem poderes para tanto. O tribunal rechaçou o argumento de extemporaneidade, determinando o prosseguimento do procedimento. A recorrida então ajuizou recurso no Tribunal Federal Suíço, pleiteando a nulidade da decisão do tribunal, pugnano pelo reconhecimento do defeito de representação e pela inadmissibilidade do recurso, fato este que removeria a jurisdição do CAS.

Para saber se a decisão emitida pelo CAS era passível de anulação ou não, segundo o Tribunal, era necessário analisar seu conteúdo, em vez de sua nomenclatura. Isto porque só é possível se ajuizar uma demanda anulatória de uma sentença.⁶⁶ Essa sentença (ou decisão), segundo a Lei Suíça,⁶⁷ pode ser (i) uma sentença final, que põe fim à questão de mérito ou por motivos processuais; (ii) uma sentença parcial, que se refere (ii.a) a parte do pedido do litígio a um dos pedidos, se houver vários, ou (ii.b) que encerra o processo em relação a uma das partes; ou ainda (iii) a uma decisão preliminar ou interlocutória, que trate de uma ou mais questões preliminares de substância ou de procedimento.⁶⁸

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

⁶⁶ A palavra em inglês é *award* que, para a maioria da doutrina, se refere à sentença (no sentido jurídico, posto que a palavra em si tem diversos significados); *arbitration award* seria uma sentença arbitral. Contudo, também pode ser traduzida para *decisão*, posto que para o português a palavra sentença tem um caráter mais finalista que decisão. Assim, no português, temos o art. 203 do Código de Processo Civil, donde se depende a decisão interlocutória e sentença final, ao passo que no inglês *award* pode ser tanto o interlocutório quanto o final.

⁶⁷ A lei aplicável para o caso em tela é a *Loi sur le Tribunal fédéral* (LFT), art. 77, para. a. que dispõe sobre a arbitragem internacional e, consequentemente, faz remissão ao *Federal Statute on Private International Law* (PILS), art. 190 a 192. Tratam-se das causas pelas quais pode se ajuizar uma ação anulatória de sentença arbitral, ou seja, o que dispõe o art. 32 da Lei de Arbitragem.

Loi sur le Tribunal fédéral – LFT, fonte <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20010204/index.html>; *Federal Act on Private International Law* – PILS, fonte <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>, ambos acessados em 28/01/2020. Vide nota 34.

⁶⁸ Swiss Federal Tribunal, First Civil Law Court. Case 4A_413/2019. J. 28 out. 2019.

2.1.: “An appeal in civil law under Art. 77 para. 1 let. LTF in conjunction with Art. 190 to 192 PILA is admissible only against an award. The appealed decision may be a final award, which puts an end to the arbitral proceeding on a substantive or procedural ground, a partial award, which relates to a quantitatively limited part of a litigious claim or to one of the various claims in question or which terminates the proceedings in respect of a part of the consorts (ATF 143 III 462 at 2.1, judgment 4A_222/2015 of January 28, 2016 at 3.1.1), or even a preliminary or interlocutory ruling, which deals with one or more preliminary questions of substance or of procedure (on these notions, see ATF 130 III 755 at 1.2.1, page 757). On the other hand, a simple procedural order which may be amended or reported in the course of the proceedings is not subject to appeal (ATF 143 III 462, cited above, at 2.1, ATF 136 III 200 at 2.3.1 at 203; ATF 136 III 597 at 4.2, judgment 4A_596/2012 of April 15, 2013 at 3.3). The same applies to a decision on provisional measures referred to in Art. 183 PILA (ATF 136 III 200, cited above, 2.3 with references)”.

Segundo a lógica apresentada pelo demandante, o CAS incorretamente confirmou sua jurisdição, dando azo ao pedido de anulação da decisão, ainda que ela fosse preliminar ou interlocutória pois, segundo o que dispõe a legislação, uma decisão preliminar poderia ser matéria para anulação se estivesse em conformidade com o art. 190, 2, (a) e (b),⁶⁹ da *Federal Statute on Private International Law* (“PILS”); ou seja, se o tribunal fosse impropriamente constituído ou se o tribunal confirmou incorretamente sua jurisdição. Contudo, o Tribunal determinou que a decisão simplesmente analisou – e decidiu – acerca da admissibilidade da demanda e, portanto, não era passível de ser contestada via ação anulatória. Tratava-se apenas de uma decisão interlocutória que não analisou, discutiu ou decidiu, em qualquer grau, sobre a questão da jurisdição. Em outras palavras, a decisão acerca da admissibilidade não afetaria a jurisdição do tribunal arbitral, fosse essa decisão positiva ou negativa.

O Tribunal Federal apontou ainda que a jurisdição em casos de arbitragens esportivas deriva dos estatutos das organizações e que eventual perda do prazo para interpor um recurso não afetaria essa jurisdição.⁷⁰ Em que pese aqui seja um tratamento dado ao prazo de interpor um recurso, importante ressaltar que o Tribunal apontar diretamente que a situação do caso não versava sobre jurisdição e, neste sentido, não se enquadrava nos casos previstos no art. 190.⁷¹

No caso da CNRD, a perda do prazo para iniciar o procedimento não é um caso de jurisdição, vez que a CNRD teria competência para dirimir o litígio, mas nem chegou a este ponto pois o procedimento foi interrompido na admissibilidade; na verdade, não é nenhum dos casos previstos no art. 32 da Lei de Arbitragem e, por este motivo, não ensejaria o ajuizamento de Ação Anulatória.

⁶⁹ Federal Statute on Private International Law (PILS)

190(2). Proceedings for setting aside the award may only be initiated:

- a. where the sole arbitrator has been improperly appointed or where the arbitral tribunal has been improperly constituted;
- b. where the arbitral tribunal has wrongly accepted or denied jurisdiction;

⁷⁰ Swiss Federal Tribunal, First Civil Law Court. Case 4A_413/2019. J. 28 out. 2019.

Para. 3.3.2.: “[...] Whether a party is entitled to challenge the decision taken by the body of a sports federation on the basis of the statutory rules and the applicable legal provisions *does not concern the jurisdiction of the arbitral tribunal seized of the case, but is a question of standing*, that is to say a procedural issue to be resolved according to the relevant rules which the Federal Tribunal does not review when seized of an appeal against an international arbitral award (judgments 4A_428/2011 of February 13, 2012 at 4.1.1 and 4A_424/2008 of January 22, 2009 at 3.3).” (grifado)

⁷¹ Swiss Federal Tribunal, First Civil Law Court. Case 4A_413/2019. J. 28 out. 2019.

Para. 3.3.2.: “[...] According to another author, the question of compliance with the time limit for bringing an arbitral tribunal to court is in principle not a problem of jurisdiction *ratione temporis*. In this respect, the expiry of the fixed period does not entail the lack of jurisdiction of the arbitral tribunal in favor of state courts. In fact, the respect of the time limit to file an appeal is simply a condition of admissibility of the action which in no way affects the jurisdiction of the arbitral tribunal. Consequently, the complaint of the late submission of the arbitral jurisdiction does not fall within the ambit of Art. 190 para. 2 let. b PILA”

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que a convenção de arbitragem, seja na forma de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, é suficiente e vinculante, afastando definitivamente a jurisdição estatal, donde se depreende que a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é admissível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos artigos 32, I e 33 da Lei de Arbitragem.⁷²

Ou seja, é possível se extrair duas importantes conclusões dos julgados acima: que a atuação do poder judiciário somente ocorrerá após a sentença arbitral e somente nas hipóteses dos artigos supracitados, da Lei de Arbitragem.

Sobre as decisões emitidas pelo tribunal, tem-se que ela pode ser em ambos os sentidos (positiva ou negativa): de reconhecer a existência e ultrapassagem do prazo de limitação temporal, e encerrar o procedimento ou; entender que a mesma não é válida – por ferir lei material, ausência de previsão ou qualquer outro motivo – e dar andamento ao procedimento, a despeito do esgotamento do prazo.

O principal argumento contra a hipótese de se confirmar a validade da limitação temporal, encerrando-se o procedimento, é a de ofensa à ordem pública, ainda que não seja um dos motivadores do art. 32. A linha de raciocínio seria argumentar a nulidade da convenção de arbitragem (art. 32, I) apenas no tocante à parte que insere o prazo de limitação temporal, por ofensa ao art. 2º, §1º c/c art. 8º, parágrafo único. Ou seja, a convenção de arbitragem – no tocante à inserção da limitação temporal – seria nula por não respeitar os ditames da ordem pública, qual seja, a inserção de prazo prescricional para instauração da arbitragem por convenção das partes, sem previsão ou superior à lei material, o que é vedado.⁷³

No que tange ao argumento contra a decisão do tribunal que afasta a limitação, confirmando sua jurisdição e dando prosseguimento ao procedimento, seria no sentido de aplicação do art. 32, IV, da Lei de Arbitragem; ou seja, nulidade da sentença arbitral por ter sido proferida fora dos limites da convenção de arbitragem. Isto porque, com a continuação do procedimento arbitral e posterior sentença, ultrapassando-se uma limitação inserida na convenção de arbitragem por vontade das partes – vide todo o conteúdo dos capítulos 2 e 4 – estar-se-ia diante do desrespeito ao que impunha a convenção de arbitragem. Era da vontade das partes que o prazo fosse inserido e respeitado e o tribunal, ao ultrapassar o mesmo, ultrapassou o limite que lhe foi imposto pela convenção.

⁷² Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.278.852/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; Recurso Especial 1.389.763/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI; Recurso Especial 1.602.696/PI, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO; entre diversos outros julgados.

⁷³ Novamente, não há casos concretos para que o assunto possa ser melhor desenvolvido, restando aqui apenas o campo da suposição, não se sabendo ao certo se haveria êxito nesta linha de raciocínio.

5.2.4 Ajuizamento da ação do art. 7º da Lei de Arbitragem

Finalmente, quanto à análise da quarta opção, a demanda a que se refere o art. 7º da Lei de Arbitragem parece ser inaplicável ao caso em tela.⁷⁴ Isto porque a mesma subsiste na recusa da parte contrária em iniciar o procedimento arbitral, mas não há qualquer menção em relação à instituição ou ao árbitro, por perda de prazo convencionado pelas partes ou pelo regulamento.

5.2.5 Inafastabilidade do Poder Judiciário

Pensando-se friamente na questão, respeitando-se os argumentos contrários à discussão, seria impensável possibilitar a discussão do caso no judiciário após a perda do prazo de instauração do procedimento arbitral. Isto daria a possibilidade de a parte deixar transcorrer o tempo, propositalmente, para afastar a obrigatoriedade da arbitragem e possibilitar a atuação do Poder Judiciário, o que vai em total desalinho à essência e natureza da arbitragem. Para tanto, repisa-se a posição do Superior Tribunal de Justiça supracitado, qual seja, que a convenção de arbitragem é suficiente, vinculante e afasta definitivamente a jurisdição estatal, resguardadas as hipóteses dos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem.

O supracitado julgamento do Tribunal Federal Suíço traz, em seu conteúdo, pensamento que está de acordo com o que aqui se expõe, apenas pelo favor da argumentação, a saber:

[...] A esse respeito, o vencimento do prazo fixado não implica a falta de jurisdição do tribunal arbitral em favor dos tribunais estaduais. De fato, o respeito pelo prazo para interpor recurso é simplesmente uma condição de admissibilidade da ação que não afeta de maneira alguma a jurisdição do tribunal arbitral.⁷⁵

E tal pensamento não está em desacordo com o conhecido Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, posto que o mesmo tem sua essência na proteção das partes perante o Poder Público, e não uma garantia de acesso ilimitado

⁷⁴ Lei 9.307/96, art. 7º: “Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”.

⁷⁵ Swiss Federal Tribunal, First Civil Law Court. Case 4A_413/2019. J. 28 out. 2019. Livre tradução do parágrafo 3.3.2.: “[...] In this respect, the expiry of the fixed period does not entail the lack of jurisdiction of the arbitral tribunal in favor of state courts. In fact, the respect of the time limit to file an appeal is simply a condition of admissibility of the action which in no way affects the jurisdiction of the arbitral tribunal”

das partes ao judiciário em detrimento da convenção de arbitragem; cabe trazer à discussão, as palavras da Ministra Ellen Gracie no julgamento da SE 5.206,⁷⁶ julgamento de importância ímpar para a Arbitragem:

A leitura que faço da garantia enfocada no art. 5º, XXXV, é de que a inserção da cláusula assecuratória de acesso ao judiciário, em nosso ordenamento constitucional, tem origem e se explica pela necessidade de precatarem-se os direitos dos cidadãos contra a atuação de órgãos administrativos, próprios de regimes autoritários. *A arqueologia da garantia da via judiciária leva-nos a verificar que a cláusula sempre teve em mira, preponderantemente, o direito de defesa ante os tribunais, contra atos dos poderes públicos. Por isso mesmo é, ineludivelmente, o legislador o destinatário da norma que reza: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Creio que essa leitura é coerente com as anteriores manifestações do Supremo Tribunal Federal, pois verifico que a Corte já se posicionou no sentido de inadmitir que barreiras econômicas se antepõem ao exercício do direito de acesso ao judiciário, quando, por exemplo, eliminou a obrigatoriedade de depósito preparatório nas ações que tenham por objeto discutir o débito para com o INSS, suspendendo a vigência do artigo 19, *caput*, da Lei 8.807/94 [...].* (grifado)

Neste sentido, não há que se falar em proibir o acesso, a discussão, perante o judiciário, pelo fato que as partes determinaram, através da pactuação da convenção de arbitragem, que qualquer discussão oriunda da relação não ocorrerá no judiciário, seja qual for, senão àquelas previstas na legislação – medidas cautelares, assecuratórias e anulatórias – afastando por completo a jurisdição estatal.

6 Considerações finais

Este trabalho teve como objetivo a discussão sobre a disposição de limitações temporais na arbitragem, sejam elas oriundas da convenção de arbitragem ou do regulamento da instituição arbitral escolhida.

Um dos atrativos da Arbitragem é a possibilidade de se adequar os procedimentos à realidade de cada caso. Assim, baseado em um dos princípios fundamentais da arbitragem, que é a autonomia da vontade, as partes têm liberdade para pactuar e moldar o procedimento de acordo com suas vontades, desde que respeitem os princípios constitucionais, especialmente os firmados na Lei de Arbitragem.

⁷⁶ Superior Tribunal de Justiça. Tribunal Pleno. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206. J. 12 dez. 2001.

E é através da convenção de arbitragem – que se apresenta na forma de cláusula arbitral ou compromisso arbitral – que as partes decidem qual legislação será aplicável à arbitragem, a composição julgadora, a sede da arbitragem, o idioma, o cronograma, bem como se a arbitragem será realizada através de órgão arbitral institucional ou não. Este rol não é taxativo, mas representa a praxe das convenções atuais.

Assim, o que ficar pactuado nesta convenção deverá ser seguido no procedimento arbitral, seja ele *ad hoc* ou institucional; conseqüentemente, deve ser respeitado pelo árbitro.

Portanto, se as partes determinarem na convenção que o procedimento arbitral deva ser instituído dentro de um determinado prazo, referida disposição nada mais é do que a vontade das partes neste sentido, o que por certo torna a mesma válida, não se tratando de qualquer infringência aos princípios de direito aplicáveis à arbitragem.

No caso de as partes escolherem em convenção uma determinada instituição e, havendo um prazo determinado no regulamento da mesma, referida disposição é válida pela mesma lógica acima: através da autonomia da vontade as partes escolheram a instituição arbitral e, por consequência, anuíram com o regulamento da mesma.

A problemática central não se dá com a possibilidade ou não de se inserir limitações temporais no procedimento arbitral, mas sim as consequências dessas limitações. Para tanto, procurou-se adentrar – ainda que de forma superficial – na natureza jurídica dessas limitações, bem como sua essência perante que a profere: se se estaria diante de uma decisão de admissibilidade ou de inserida em uma questão de jurisdição.

Pela ausência de casos concretos – até o presente momento – no judiciário brasileiro,⁷⁷ ainda não há respostas concretas. Procurou-se traçar paralelos com decisões internacionais importantes para o debate, bem como exemplos práticos de aplicação da limitação temporal em arbitragens de investimento. Contudo, é perfeitamente viável se imaginar quais seriam as consequências para as partes e as possíveis opções a serem tomadas, uma vez ultrapassado tal limite. Infelizmente (para a parte que não iniciou no prazo), as opções apresentadas encontram defesa, tendo em vista a natureza do instituto da Arbitragem e a forma com que a Lei de Arbitragem delimita as possibilidades de anulação de uma sentença arbitral.

Isto porque referida decisão, de inadmissibilidade de um procedimento por término do prazo, não seria uma decisão de mérito motivadora de uma ação

⁷⁷ Vide nota 57.

anulatória e, no caso da CNRD, tampouco para ajuizamento de recurso perante o CBMA.

Contudo, restamos no campo das discussões, posto que mesmo na CNRD/CBMA não há casos concretos de perda de prazo para impulsionar o procedimento de arbitragem, motivo pelo qual iniciar os debates e discussões acerca da matéria no momento é importante para que o assunto não seja tão cru quando o momento chegar.

Em suma, o que se objetivou aqui foi iniciar o debate e apresentar argumentos que instiguem a continuidade da discussão, seja ela em concordância ao que se apresenta, ou sem sentido contrário; caso em que o valor seria tão relevante quanto concordar com a linha de raciocínio aqui disposta.

Arbitration: Statutes of Limitation to Initiate an Arbitration Proceeding – Discussion About the Institute, Legal Nature and Possible Consequences for the Expiration of the Term

Abstract: The insertion of a borderline period to start the arbitration procedure, through the arbitration agreement or by the regulation of an arbitration institution, is a topic little discussed by Brazilian doctrine. Such term is defined in international law as statutes of limitation or time bar, common in investment agreements and in sports arbitration, but little or almost never used in commercial arbitration. This article will seek to discuss the possibility and validity of the insertion of such time limits, by the arbitration agreement or by the regulations of the institution, as a result, above all, of the will of the parties. Specific issues will be analyzed, such as the flexibility of the arbitration procedure and the limits of the parties' autonomy, as well as the possible effects in the event of the expiration of the period to start the arbitration procedure according to the point of view of the Brazilian scenario.

Keywords: Arbitration. Deadline to initiate the arbitration proceedings. Time limits. Arbitral proceedings flexibility.

Referências

American Chamber of Commerce – AMCHAM. Regulamento de Arbitragem, fonte: <https://www.amcham.com.br/o-que-fazemos/arbitragem-e-mediacao>, acessado em 10 set. 2020.

AURELLI, Arlete Inês; BUENO, Cassio Scarpinella (coord.) e NETO, Olavo de Oliveira (coord.). Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo III (recurso eletrônico): processo civil. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

CAHALI, Francisco José. *Convenção de Arbitragem*. Manual de Arbitragem para Advogados. Brasília: 2015.

Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem – CBMA. *Regulamento de Arbitragem Esportiva*, fonte: http://www.cbma.com.br/regulamento_esportiva, acessado em 10 set. 2020.

Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CCBC. *Regulamento de Arbitragem*, fonte: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>, acessado em 10 ago. 2020.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. *Flexibilização do Procedimento Arbitral*. Revista Brasileira de Arbitragem, nº 24 – out/dez 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. *O processo arbitral*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: RT, v. 1, n. 1, p. 21-31, jan./abr. 2004.

Confederação Brasileira de Futebol – CBF. *Regulamento da Câmara Nacional de Resolução de Disputas – 2020*, fonte: <https://www.cbf.com.br/a-cbf/informes/resolucao-litigios/regulamento-da-cnrd>, acessado em 10 set. 2020.

FICHTNER, José Antonio, MANNHEIMER, Sergio Nelson & MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

International Chamber of Commerce – ICC. *ICC Rules of Arbitration*, fonte: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>, acessado em 10 ago. 2020.

MACHADO, Rubens Approbato; LANFREDI, Luis Geraldo Sant'ana; TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; SAGRES, Ronaldo Crespilho; NASCIMENTO, Wagner (coordenação). *Curso de Direito Desportivo Sistemico*. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do Procedimento Arbitral* (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

Nações Unidas. *Investment Policy Hub of the United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD*, fonte: <https://investmentpolicy.unctad.org/>, acessado em 24 ago. 2020.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Volume 1: parte geral. 11.ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUNES, Thiago Marinho. *Análise dos Efeitos da Prescrição Extintiva na Arbitragem Interna e Internacional com Visão a Partir do Direito Brasileiro* (Tese de Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume 1: atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SOUSA, Pedro H.B. *A Câmara Nacional de Resolução de Disputas da CBF: Instauração do Processo, Procedimento e Natureza das Decisões à Luz do Instituto da Arbitragem*. Anuário MH 2019. 1ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2019, v. 1.

STJ, REsp nº 1.278.852/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJ 01 jun. 2013.

STJ, REsp nº 1.389.763/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. DJ 20 nov. 2013.

STJ, REsp nº 1.602.696/PI, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO. DJ 18 ago. 2016.

STF, SE nº 5206 AgR/EP – Espanha, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 30 abr. 2004.

Suíça. *Federal Act on Private International Law – PILS*, fonte: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>, acessado em 28 ago. 2020.

Supremo Tribunal Federal da Suíça – SFT – Case 4A_413/2019

Tribunal Federal Suíço. *Loi sur le Tribunal fédéral – LFT (SFT)*, fonte: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20010204/index.html>, acessado em 28 ago. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUSA, Pedro Henrique Bandeira. Arbitragem: limitação temporal para início do procedimento arbitral – Discussão sobre o instituto, natureza jurídica e possíveis consequências para o esgotamento do prazo. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 02, n. 04, p. 195-224, jul./dez. 2020.

“Better safe than sorry” – A company executing independent contracts with a common commercial nexus should rather provide for matching arbitration clauses than rely on the “group of contracts” doctrine

Piotr S. Wójtowicz

Esq., LL.M., New York and Zurich[*]

Abstract: A party executing distinct international contracts with a common economic nexus should provide in each of them for matching arbitration or, generally speaking, dispute resolution clauses. If she fails to do so, and once disputes arise, different triers of fact might issue conflicting decisions with relation to the same business venture involving different or even the same parties. Notably the “group of contracts” doctrine and concepts to that effect cannot be deemed a remedy fit to avert that risk. Because, first, the doctrine is known internationally to some but not all jurisdictions. And second, courts of a “group of contracts” jurisdiction might still not rely on it in a given case. Or may differ in its application depending on a given case.

Three decisions rendered in three different jurisdictions, that is Brazil, England, and Switzerland, serve for a short tale that if a business party wishes for at least some degree of predictability and control over arbitration and dispute resolution processes under independent yet related contracts she should accordingly contract for it.

Keywords: International arbitration, disputes over related contracts, parallel proceedings, consent to arbitrate, group of contracts doctrine, extending arbitration to non-signatories, choice of forum, midnight clauses, clause drafting, matching arbitration clauses.

Summary: A short tale of three “group of contracts” patterns and cases – The benefit of the “group of contracts” doctrine for related contracts

A short tale of three “group of contracts” patterns and cases

Three selected decisions stand exemplary for the contention that the “group of contracts” doctrine should not be seen as a “jack of all trades” remedy to avert conflicting decisions rendered by different triers of fact in disputes over related contracts some but not all of which encompass arbitration or, generally speaking, dispute resolution clauses. On the other hand, one can claim neither that the

doctrine is “master of none” for, in a given case, it might mitigate those risks. Yet relying on it for that purpose amounts to rolling the dice.

In the Judgement of the High Court of England & Wales (QBD) A v B [2020] EWHC 809 (TCC), of 3 April 2020, (the “English” court), and the Decision of the Swiss Federal Supreme Court 4A_386/2018. Of 27 February 2019, the courts of England and Switzerland denied to enforce a forum selection and an arbitration clause, respectively, that were provided for in other contracts that were related to contracts at issue which, however, failed to entail those provisions. Both decisions touched upon further issues that are not addressed here.

In the English case, an NDA was executed between the claimant and the defendant (to the English court proceedings) in view of expert services to be provided by the defendant to the claimant in connection to an ICC arbitration seated in London over a construction project in the Middle East. The NDA provided for a forum selection clause, that is state courts of Abu Dhabi. The expert service contract itself, which was executed after the NDA, had no dispute resolution clause. The English court was seized later on for injunctive relief by the triggered by another ICC arbitration in London, that was also conducted because of the same construction project, where her opponent, that was not a party to the first arbitration, called also the defendant as expert against the claimant (the claimant requested that defendant be enjoined to provide expert services in that second arbitration in view of their prior established relationship). The English court found that at issue was the service contract rather than the NDA. Since the service contract failed to provide for any forum, it accepted jurisdiction under its choice of forum and law principles (*i.a.*, based on the situs of the arbitration being in London, and English law applicable to the merits). The court did not consider any dogmatic concepts to the effect of the “group of contracts” doctrine, nor did it give much deference to the pending arbitrations.

In the Swiss case, two related but separate agreements executed by the same parties provided each for a different dispute resolution clause. First, an agency agreement over the procurement of construction businesses in Qatar was executed between the claimant and the defendant (to the Swiss court proceedings). It provided for an ICC Zurich arbitration. After disputes broke out, the parties settled, before the tribunal was constituted, and signed a settlement agreement. For disputes arising under the settlement agreement, they agreed on the jurisdiction of Qatari courts. The settlement agreement contained also new obligations in relation to commissions for future contract assignments. The parties also reinstated that the former agency agreement and its arbitration clause remained valid insofar as not contradicting the settlement agreement. After further services were rendered under the settlement agreement, disputes arose again. Both parties filed suits with

Qatari courts, which dismissed. Later on, the claimant filed for ICC arbitration. Yet, the tribunal deemed, among other things, that it lacked jurisdiction. The claimant challenged that decision directly to the Swiss Federal Supreme Court under Article 190 Swiss Private International Law Act. The Swiss court deferred to the decision of the arbitral tribunal. In particular, the court held to the effect that there was little room to apply any doctrine against the clear wording of the contracts and of either dispute resolution clauses. Accordingly, while the first agreement was governed by the arbitration agreement the second was not. Qatari courts remained competent.

Common to either approach of the English and the Swiss courts is that both looked first whether there was an explicit arbitration or forum selection clause in the contract at issue that governed the dispute. If there was, the wording of it was given deference. As a consequence of that method, the parties in the Swiss case were heard by courts they arguably agreed on – an outcome that was rather predictable. Conversely, the parties in the English case could predict less whether or to what extent the English court would accept jurisdiction in view of that only one of the two related contracts provided for an explicit choice clause while the other remained silent.

The third case is an internationally prominent case that was already discussed in publications.¹ It is the decision rendered by the Superior Court of Justice of Brazil (STJ) – Resp: 1.639.035 - SP 2015/0257748-2, *Paranapanema S.A. v. BTG Pactual S.A. and Santander Brasil S.A.*, 18 September 2018.

In that case, a company and two lending banks executed a loan agreement. To repay the loan the borrower would issue shares for the lenders. To hedge shortfalls in value of the shares further swap agreements were executed. Those swap agreements provided for exclusive competence of state courts of São Paulo in case of disputes. Later on, one of the lenders filed for arbitration under the swap agreements. The borrower disputed jurisdiction of the arbitral tribunal arguing that there was no arbitration clause in the swap agreements. Yet, the arbitral tribunal confirmed its jurisdiction and issued an award. The borrower then challenged the award with the state courts of São Paulo under several grounds. Among other things, it pleaded lack of jurisdiction of the arbitral tribunal. The court deemed the swap agreements connected with the loan agreement because the obligations under the

^{1*} The author is admitted to the bar of New York, USA, and the bar of Zurich, Switzerland. The author would like to thank Franco Gevaerd, LL.M., for invaluable insight, translations, and discussions with regard to the topic and in particular Brazilian decisions referenced in this note.

^{For instance, Gustavo Scheffer da Silveira, 'Brazilian Special Appeal no. 1.639.035-SP, 18 September 2018, *Paranapanema S/A vs/ BTG Pactual S/A and Santander Brasil S/A*', (2019), 37, *ASA Bulletin*, Issue 4, pp. 853-870.}

former arose from the latter.² Accordingly, the borrower’s set aside motion was rejected under that ground. The decision was challenged to the Superior Court of Justice of Brazil. That court confirmed, however, and held that despite the non-existence of an arbitration clause in the swap agreements, the loan agreement’s arbitration clause should be extended to the swap agreements because all were related and concerned the same economic operation. There was also a dissenting opinion according to which the swap agreements, although related and joined by a causal link to the loan agreement, were autonomous and provided for forum selection clauses. Thus, the arbitral tribunal had no jurisdiction.

The three referenced decisions provide for a spectrum of potential applications or non-applications of the “group of contracts” doctrine or concepts to that effect (*see infra* for the scope). While the English court did not apply or refer to any such concepts, although there was a nexus between the agreements (the doctrine is not limited to arbitration clauses only) – and while the Swiss court found no reason to rely on the doctrine, which is available under Swiss case law,³ since the wording of the pertinent clauses was plain –, the Superior Court of Justice of Brazil went arguably to the far side of the “group of contracts” doctrine and extended the arbitration agreement to ancillary contracts in spite of the latter providing explicitly for choice of forum clauses.⁴

The benefit of the “group of contracts” doctrine for related contracts

International business demands the execution of contracts sophisticated in kind, big in numbers, and with many different parties – typically over a long period time. When negotiating contracts, divergent interests, bargaining power, and compromises reached may lead to divergent substantial provisions in related contracts executed with the same or different parties. To make matters worse, related contracts may entail conflicting dispute resolution provisions. Also, because parties bargain last if at all about those “midnight” clauses. It is a

² See also <https://www.machadomeyer.com.br/en/recent-publications/publications/litigation-arbitration-and-dispute-resolution/parapanema-case-extension-of-arbitration-clauses-to-ancillary-contracts> [visited on 24 September 2020].

³ Under the case law of the Swiss Federal Supreme Court, if one contract provides for arbitration and is substantially connected to other contracts, the presumption follows that all contracts are subject to that one arbitration clause subject to the stipulation of the parties to the contrary in those other contracts, *see* Decision of the Swiss Federal Supreme Court 142 (2016) III 239, p. 255, *cons.* 5.2.3. In view thereof, the swap agreements in the Paranapanema case would have been rather deemed governed by the forum selection clauses if reviewed under Swiss law.

⁴ Cf. Leonardo Ohlogge, *The Extent of Consent in Multi-Party and Multi-Contract Arbitration under the Perspective of Brazilian Law - Substantive and Procedural Issues*, Doctoral Thesis University of St. Gallen, 2018, at 29, 34, and 35.

conundrum well known that those are deemed of lesser importance in business contract negotiations. Parties rather offer business issues their "blood, toil, tears and sweat".

If disputes then arise in relation to projects where various contracts were executed with one or several different parties, divergent clauses may provide for different jurisdictions around the globe; typically for either state courts or arbitration tribunals. Those may in turn render conflicting decisions with regard to the same business. Such was the case in the referenced English and Swiss decisions where several state courts and arbitration tribunals decided, sometimes concurring other times dissenting, over the same or connected matters. And such was the general experience of many during the global Covid-19 pandemic in 2020, where conflicting dispute resolution clauses in upstream and downstream contracts provided for little help. Yet even if a dispute stays domestic, as was the case in the Paranapanema case, conflicting decisions by arbitral tribunals and state courts may still loom.

Parties might agree to amend the clauses once a dispute breaks out. Yet, when push comes to shove and each party engages in her pursuit of happiness, that might be an outcome difficult to achieve. Certainly, that was not the case in the referenced English and Swiss decisions, where, quite to the contrary, relief was sought from different triers of fact at several fora.

To avert or at least mitigate dangers inherent to parallel proceedings, the "group of contracts" doctrine has been applied, notably in international arbitration. A propeller of that doctrine were courts in civil law jurisdictions as can be inferred from the Brazilian Paranapanema decision or from case law of the Swiss Federal Supreme Court – while the doctrine may not always be referred to as such.⁵

Under the "group of contracts" doctrine, the presumption follows that parties implied to submit any disputes arising under contracts with a joint nexus, which will typically be economic in nature, to the same trier of fact, typically an arbitral tribunal, irrespective of whether each of them has a matching arbitration clause or remains silent – subject to any explicit stipulations to the contrary.⁶ In other words, consent to arbitrate is being construed extensively whereas the economic nexus serves as evidence of parties' explicit or implicit intent.⁷ [7] Thus, that doctrine is

⁵ See [3] and for a thorough review [1] and [4].

⁶ See [3] and [4]; see also The Ministry of Defence and Support for Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Westinghouse Electric Corporation ICC Case No. 7375/CK, 205 [1996]; Raw material processor, Processing group v Raw material seller, Award, HKZ Case No. 273/95, 31 May 1996, in Albert Jan Van den Berg (ed), Yearbook Commercial Arbitration 1998 - Volume XXIII, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 23, ICCA & Kluwer Law International 1998, pp. 128 - 148; Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal, ICSID Case No. ARB/82/1; Bernard Hanotiau, Non-signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law, in Albert Jan Van den Berg (ed), International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series, Volume 13, ICCA & Kluwer Law International 2007, 341 - 358.

⁷ In the Brazilian Parapanema case the arbitration agreement of the main loan agreement was extended to the swap agreements although the latter provided explicitly for an forum selection clause while under

not a brand-new or stand-alone dogmatic concept and courts need not to explicitly refer to it under that label in order to apply it.

Further, whether a party is a signatory or a non-signatory to the arbitration agreement or the underlying substantial agreements, which is a pivoting point under US laws,⁸ is not at the core of the scrutiny under that doctrine, or not only. Rather, the focus lies on the behavior of a party that courts construe from an objective point of view. That general behavior might accordingly be deemed a party's implied consent to arbitrate. The rationale of that qualification is to protect the other party's reasonable reliance in good faith on that behavior.

While many jurisdictions became home of that doctrine due to common consent theories, among others, the French, the Swiss, and the Brazilian – all civil law jurisdictions –, common law jurisdictions are traditionally rather wary of extending arbitration agreements to non-signatories. Yet, in view of the high volume of international arbitrations seated in Switzerland and France and many best practices and international principles originating in those jurisdictions, that doctrine cannot be discarded in international arbitration. The Brazilian Parapanema decision is yet another proof of the international availability of it. Accordingly, the doctrine is not the abovementioned “master of none”.

Despite its availability in international arbitration, several reasons still argue against relying on it by parties to independent yet commercially related international contracts that seek to prevent parallel proceedings or that wish to obtain some degree of predictability and control over the direction the ship might sail. In other words, several arguments reveal that the doctrine is not the abovementioned “jack of all trades”.

First, the “group of contracts” doctrine is as referenced established in some but not all jurisdictions. Whether one will arbitrate, or litigate, in a jurisdiction that applies that doctrine might be certain only once a dispute has arisen, and once a tribunal or court accepted jurisdiction under that doctrine or not. The English court in the referenced decision, for instance, did not rely on it or on considerations to that effect. Further, if there is no explicit clause at all in the contract at issue while there may be one in a contract that is related (as was the case in the referenced English decision), courts from any jurisdiction might still prefer to rely on further

the Swiss landmark case, *see* [3], the arbitration agreement extends only if the ancillary contract is silent or ambiguous regarding the competent trier of fact if any. The Parapanema decision with its stark reliance on the objective condition of the economic nexus might indeed stretch the nature of the “group of contracts” doctrine as a concept of consent only, *see* [1], at 860, and *cf.* [4].

⁸ *Cf.* GE Energy Power Conversion France SAS v. Outokumpu Stainless USA, LLC, 590 U.S. __ (2020) (slip opinion); Ivan Singh Khosa & Parul Khanna, *Arbitral Estoppel as an Alternative to the ‘Group of Companies’ Doctrine: The U.S. Approach*, in: *The Alternatives to the High Cost of Litigation*, Vol. 35 No. 6 June 2017, pp. 83-86.

choice of forum or law principles under their local laws than to construe the parties' consent extensively to the effect of the "group of contracts" doctrine.

Second, jurisdictions that know that doctrine still vary in scope of its application. This provides again for little predictability and control over the direction the dispute will take and whether a trier of fact will accept jurisdiction based on it or not. For instance, the application under the Paranapanema decision differs from the one under Swiss case law.⁹

Third, the application of it relies on a case by case objective interpretation of the parties' behavior and consent by tribunals and courts, as referenced in both Swiss and Brazilian cases. This again impedes predictability and planning.

Parties are not best advised to rely as their first choice on a remedy that fails to meet the goal of providing predictability and control. The "group of contracts" doctrine amounts rather to a stopgap solution if any. From a business perspective, where determining the amount of chances for one event or another transfers into price tags, that doctrine and any reliance on it amount to an errand bullet rather than a bulletproof tactic.

Notably the English and the Swiss decisions point to an alternative. They indicate that the "group of contracts" doctrine should not be relied upon since state courts prefer to rely on the language of a given dispute resolution clause or the lack of such a wording to infer any conclusions at law. As mentioned, even in a jurisdiction that applies that doctrine, courts might still decide admissibility and jurisdiction without venturing into further dogmatic concepts.

Thus, preference should be given to the drafting of matching clauses. That undertaking may level the odds for the risk that disputes over related contracts will not be heard by the same court or the same arbitral tribunal, thus, lowering risks of diverging judgements and awards.

As a sidenote, and in view of the approach taken by the Swiss and the English courts, the Paranapanema decision, where the court enforced the arbitration clause of the loan agreement against the wording of the ancillary contracts that provided for a forum selection clause, seems rather an exception under that doctrine. While it also must be noted that the Brazilian courts still applied one of the clauses the parties executed. Thus, the drafting was not in vain and served predictability and control, albeit to a lesser degree, while the parties arguably got only half of the benefit of the bargain. Still, the parties effectively prevented the application of a further, unknown, not designated forum. One could even argue that their contracting was bulletproof but for an extensive if not odd application of the "group of contracts" doctrine (according the information available and the personal

⁹ See [3] and [7].

understanding of that case). To that end, the arguments raised in a referenced publication are food for thought.¹⁰

Without a doubt, drafting and executing matching dispute resolution clauses in one's dozens if not hundreds international contracts is not easy. Yet, it seems worth the effort. The alternative, different fora and divergent decisions, seems less appealing.

If, for any reasons, a party or all parties involved in the contract drafting wish to provide for diversity in the clauses, they may do so of course. That approach might be warranted to provide for some options. Divergent clauses may also be the effect of the bargaining process over other, substantive, contract provisions. However, parties should opt for divergent clauses only if mindful of the risks of that approach. Diversity may lead to less predictability and control over future dispute resolution processes further adding to time and costs.

The purpose of this note was to make a case for the drafting of matching arbitration or, generally speaking, dispute resolution clauses for the relying on a dogmatic doctrine may not fit the needs of the parties of international commerce. The outcome of the referenced decisions might have differed depending on the laws applicable, or on the amount of deference given to parallel arbitrations, or on one's legal point of view as demonstrated by the dissenting opinions in the Paranapanema decision. Yet, the main flaw remains: if the parties fail to provide for uniform arbitration provisions in their related contracts, they will even less likely arbitrate for all of them at the same forum. Therefore, business parties should work with their in-house or outside counsels to match their arbitration or dispute resolution clauses provided for in related contracts.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

WÓJTOWICZ, Piotr S. "Better safe than sorry" – A company executing independent contracts with a common commercial nexus should rather provide for matching arbitration clauses than rely on the "group of contracts" doctrine. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 02, n. 04, p. 225-232, jul./dez. 2020.

¹⁰ See [1] and [7].

Aspectos controversos da arbitrabilidade objetiva nos contratos de concessão de petróleo e gás natural

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Pós-doutor pela *Fordham University School of Law (New York)*. Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito - Mestrado e Doutorado do PPGD/UVA. Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Presidente do Conselho editorial interno da Revista Brasileira de *Alternative Dispute Resolution* (RBADR). Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Ex-Defensor Público Federal. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado, árbitro e consultor jurídico. Sócio fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. *E-mail*: contato@roaa.adv.br

Lucas Carvalho de Souza

Advogado do escritório Faveret Lampert Advogados. Bacharel em Direito pelo IBMEC. Membro do grupo de pesquisa “Análise e perspectivas da arbitragem na Administração Pública” coordenado pelo prof. Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *E-mail*: lcsouza@ftit.com.br

Resumo: O presente artigo tem por objetivo apresentar os contornos da arbitrabilidade objetiva no setor do petróleo e do gás natural. Em determinado caso, é possível perceber que a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP – tem procurado afastar a aplicabilidade da cláusula compromissória prevista nos contratos de concessão, inclusive com a propositura de ações judiciais, com o intuito de afastar determinadas controvérsias contratuais da arbitragem e de preservar a sua autoridade regulatória. Ao final, o texto propõe o respeito das cláusulas contratuais, inclusive da cláusula compromissória, com a efetivação dos princípios da proteção da confiança legítima e da segurança jurídica, inerentes à prosperidade do setor de óleo e gás.

Palavras-chave: Arbitragem. Contrato de concessão. Óleo & Gás.

Sumário: **1** Introdução – **2** A Arbitragem envolvendo a Administração Pública – **3** O emprego da cláusula arbitral nos contratos de concessão de O&G – **4** Arbitrabilidade objetiva: críticas aos impedimentos à atuação do juízo arbitral sustentados pela ANP – **5** Considerações Finais

1 Introdução

O presente artigo pretende analisar os contornos da arbitrabilidade objetiva dos conflitos jurídico-administrativos sujeitos à arbitragem no setor do petróleo e do gás natural.

Considerado importante mecanismo alternativo para a solução de conflitos, a arbitragem sempre foi encarada como um recurso fundamental nas práticas internacionais costumeiras da indústria do petróleo e gás natural, mostrando-se exitoso na resolução de controvérsias entre os próprios particulares e entre estes e o Poder Público.

Não obstante o considerável tempo transcorrido desde a consolidação deste significativo mecanismo extrajudicial para a Administração Pública, há de se notar algum preconceito por parte de determinados agentes públicos na utilização da arbitragem que não pretendem abrir mão das prerrogativas processuais normalmente previstas na jurisdição estatal.

Após a apresentação da visão geral da arbitragem na Administração Pública e da evolução histórica do emprego da cláusula arbitral nos contratos de concessão de Óleo & Gás (O&G), o texto analisará dois procedimentos arbitrais que suscitaram a discussão quanto aos limites da arbitrabilidade objetiva e o papel desempenhado pela ANP.

2 A arbitragem envolvendo a Administração Pública

A partir da alteração promovida pela Lei 13.129/2015, a Lei de Arbitragem passa a estabelecer, de forma expressa, que a Administração Pública, direta e indireta, por meio da autoridade competente para realização de acordos e transações, poderá estabelecer convenção de arbitragem de direito (e não por equidade) para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, respeitado o princípio da publicidade (art. 1º, §1º e §2º e art. 2º, §3º, da Lei 9.307/1996).

Antes da alteração promovida pela Lei 13.129/2015, a utilização da arbitragem pela Administração Pública (arbitrabilidade subjetiva) gerava controvérsias.

O STF, em precedente anterior à Constituição (caso Lage), admitiu a arbitragem em relações fazendárias.¹ Por outro lado, o STJ, ao tratar de contratos celebrados por empresas estatais, admitiu a utilização da arbitragem nos respectivos ajustes.² O TCU, em algumas oportunidades, afirmou que a utilização da

¹ STF, AI 52.181/GB, Rel. Min. Bilac Pinto, Tribunal Pleno, DJ 15/02/1974, p. 720.

² STJ, REsp 612.439/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 14/09/2006, p. 299; STJ, MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 19/05/2008.

arbitragem nos contratos administrativos, sem previsão legal específica, violaria o princípio da indisponibilidade do interesse público.³

Não obstante as controvérsias, prevalecia possibilidade de utilização da arbitragem na Administração Pública.

No campo das contratações estatais, a arbitragem em contratos privados da Administração Pública (ex.: contratos celebrados por empresas estatais) sempre contou com maior aceitação da doutrina e da jurisprudência, especialmente em razão da preponderância da aplicação do regime jurídico de direito privado e pela ausência, em regra, das cláusulas exorbitantes, na forma do art. 62, §3.º, I, da Lei 8.666/1993.

Por outro lado, a arbitragem em contratos administrativos já contava com previsão em diplomas legais específicos (ex.: art. 5.º, parágrafo único, da Lei 5.662/1971, art. 5.º art. 23-A da Lei 8.987/1995, art. 93, XV, da Lei 9.472/1997, art. 43, X, da Lei 9.478/1997, art. 35, XVI, da Lei 10.233/2001, art. 11, III, da Lei 11.079/2004). Aliás, independentemente de previsão legal específica, a utilização da arbitragem nos contratos administrativos encontrava fundamento no art. 54 da Lei 8.666/1993, que determina a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado.

Registre-se, também, que o art. 55, §2.º, da Lei 8.666/1993, ao exigir a estipulação de “cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual”, jamais impediu a pactuação da arbitragem.⁴ A referida norma não exige que todas as controvérsias sejam dirimidas pelo Judiciário, mas apenas prevê a cláusula de eleição de foro, mesmo porque a arbitragem não afasta, de forma absoluta, a via jurisdicional (ex.: arts. 6.º, parágrafo único; 11, parágrafo único; 13, §2.º; 20, §§1.º e 2.º; 22-A, 22-C, 33). Em suma: a cláusula de eleição de foro não é incompatível com a cláusula arbitral.⁵

³ TCU, Decisão 286/1993, Plenário, rel. Min. Homero Santos, Dou 04/08/1993; TCU, Acórdão 587/2003, Plenário, rel. Min. Adilson Motta, DOU 10/06/2003; TCU, Acórdão 906/2003, Plenário, rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, DOU 24/07/2003; TCU, Acórdão 1099/2006, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes, DOU 10/07/2006. O Tribunal, posteriormente, admitiu a arbitragem nos contratos celebrados por sociedade de economia mista (Petrobras), versando exclusivamente sobre “a resolução dos eventuais litígios a assuntos relacionados à sua área-fim e a disputas eminentemente técnicas oriundas da execução dos aludidos contratos”. TCU, Acórdão 2094/2009, rel. Min. José Jorge, DOU 11/09/2009. Todavia, nessa última hipótese, os contratos não seriam administrativos propriamente ditos, mas privados da administração e, portanto, submetidos, naturalmente, ao direito privado.

⁴ A exigência contida art. 55, §2.º da Lei 8.666/1993 é afastada nos seguintes casos: a) licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação; b) contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do chefe do Poder Executivo; e c) aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior (art. 32, §6.º c/c o art. 55, §2.º, ambos da Lei 8.666/1993).

⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 248, p. 123, mai./ago., 2008; CARMONA, Carlos Alberto.

Com a promulgação da Lei 13.129/2015, que inseriu o §1.º no art. 1.º da Lei 9.307/1996, a discussão em torno da arbitragem no âmbito do Poder Público perdeu força, uma vez que a referida norma passou a prever, de forma ampla, a utilização da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta para resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Desta forma, no tocante à arbitralidade subjetiva, as pessoas jurídicas de direito público (entes da Federação, autarquias e fundações estatais de direito público) e as pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais de direito privado) podem prever a arbitragem como forma de solução de suas controvérsias. Nesse sentido cabe mencionar que o STJ, em acórdão sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão,⁶ excluiu a União de arbitragem coletiva, por oito votos a um, instaurada por acionistas minoritários da Petrobras contra a Companhia que buscava indenização pela desvalorização dos papéis após a operação Lava Jato revelar desvios financeiros. O principal fundamento da exclusão da União do procedimento arbitral, no entendimento dos ministros, foi o fato da cláusula compromissória ter sido aprovada em assembleia geral da Petrobras em 2002 e, portanto, devendo ser considerada apenas manifestação de vontade da Petrobras e não da União (arbitralidade objetiva). Além disso, os entes da Administração Pública só passaram a gozar de arbitralidade subjetiva em 2015 com o advento da Lei 13.129/2015 conforme explanado, argumento que, em nossa opinião, deve ser relativizado, uma vez que a arbitragem já seria possível antes da promulgação do referido diploma legal.

Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009. p. 48-49; SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*, Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 245.

⁶ STJ: “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ARBITRAGEM OU JURISDIÇÃO ESTATAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ART. 58 DO ESTATUTO SOCIAL DA PETROBRAS. SUBMISSÃO DA UNIÃO A PROCEDIMENTO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. DISCUSSÃO ACERCA DA PRÓPRIA CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA DA CLÁUSULA AO ENTE PÚBLICO. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA JURISDIÇÃO ESTATAL. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL OU ESTATUTÁRIA. PLEITO INDENIZATÓRIO COM FUNDAMENTO NA DESVALORIZAÇÃO DAS AÇÕES POR IMPACTOS NEGATIVOS DA OPERAÇÃO “LAVA JATO”. PRETENSÃO QUE TRANSCENDE AO OBJETO SOCIETÁRIO. 1. No atual estágio legislativo, não restam dúvidas acerca da possibilidade da adoção da arbitragem pela Administração Pública, direta e indireta, bem como da arbitralidade nas relações societárias, a teor das alterações promovidas pelas Leis nº 13.129/2015 e 10.303/2001. 2. A referida exegese, contudo, não autoriza a utilização e a extensão do procedimento arbitral à União na condição de acionista controladora da Petrobrás, seja em razão da ausência de lei autorizativa ou estatutária (arbitralidade subjetiva), seja em razão do conteúdo do pleito indenizatório que subjaz o presente conflito de competência na hipótese, o qual transcende o objeto indicado na cláusula compromissória em análise (arbitralidade objetiva). 3. Nos exatos termos da cláusula compromissória prevista no art. 58 do Estatuto da Petrobras, a adoção da arbitragem está restrita “às disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social”. 4. Em tal contexto, considerando a discussão prévia acerca da própria existência da cláusula compromissória em relação ao ente público - circunstância em que se evidencia inaplicável a regra da “competência-competência” - sobressai a competência exclusiva do Juízo estatal para o processamento e o julgamento de ações indenizatórias movidas por investidores acionistas da Petrobrás em face da União e da Companhia. 5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal suscitado”. STJ, CC 151.130/SP, Segunda Turma, Rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão, DJe 11.02.2020.

Não obstante o relevante avanço da referida alteração legislativa na busca por maior segurança jurídica, permanecem alguns desafios na utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública, com destaque especial para definição do alcance da arbitrabilidade objetiva.

De acordo com o §1.º no art. 1.º da Lei de Arbitragem, também incluído pela Lei 13.129/2015, a arbitrabilidade objetiva compreende os direitos patrimoniais disponíveis. Trata-se, a nosso ver, de assunto inerente às contratações administrativas, uma vez que o contrato é o instrumento que encerra a disposição, pela Administração, da melhor forma de atender o interesse público. Vale dizer: as questões que podem ser objeto da contratação administrativa são, em princípio, disponíveis, passíveis de submissão à arbitragem.⁷

Naturalmente, a disputa arbitral não pode ser aplicada como método de solução para controvérsias envolvendo “questões de estado, de direito pessoal e outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.⁸

Como não poderia deixar de ser, boa parte da literatura que se propõe a abordar o assunto define o conceito de disponibilidade no campo de arbitrabilidade envolvendo a Administração Pública como aquele correspondente às matérias passíveis de contratação,⁹ não havendo correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.¹⁰

No que diz respeito aos contratos administrativos, há uma variedade de critérios que buscam diferenciar os direitos patrimoniais disponíveis e os indisponíveis, dada a complexidade de tal tarefa,¹¹ notadamente pela indeterminabilidade do conceito jurídico.

Para se referir a matérias passíveis de submissão pela via arbitral em um litígio envolvendo a Administração Pública, a doutrina costumeiramente usa como exemplo aquelas relacionadas aos aspectos referentes (i) ao equilíbrio

⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Arbitragem nos contratos da Administração Pública. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 101-123, jan./jun., 2019; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 248, p. 120, mai./ago., 2008.

⁸ BINENBOJM, Gustavo. Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Vol. XXVI, 2016, p. 21.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 72, p. 41, 2018.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 21, mar., 2002, p. 147.

¹¹ HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 152-153, jul./set. 2015.

econômico-financeiro do contrato, (ii) às disputas sobre cumprimento das obrigações contratuais e (iii) às consequências patrimoniais da extinção do contrato.¹²

Não por simples coincidência foi a adoção de termos análogos para se estabelecer o escopo não exaustivo das controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, previsto no art. 2.º do Decreto 10.025/2019,¹³ que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

Alguns Entes federativos, tais como Minas Gerais (Lei 19.477/2011), Espírito Santo (Lei 10.885/2018) e São Paulo (Decreto 64.356/2019), se limitaram a reprisar o que já havia sido genericamente estabelecido na Lei da Arbitragem, não se comprometendo com a definição de direito patrimonial disponível.

Em contrapartida, o Estado do Rio de Janeiro, por meio do art. 1.º, parágrafo único, do Decreto 46.245/2018, inseriu no conceito de direitos patrimoniais disponíveis as controvérsias que possuam natureza pecuniária e que não versem sobre interesses públicos primários.¹⁴

O Enunciado 13 da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do CEJ/CJF dispõe: “Podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos: I - ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II - à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas.”

Verifica-se, assim, que a delimitação da arbitrabilidade objetiva represente grande desafio para evolução e consolidação da arbitragem nas relações envolvendo a Administração Pública.

3 O emprego da cláusula arbitral nos contratos de concessão de O&G

Não há como falar da relação entre a arbitragem e o setor de O&G sem antes se reputar à *lex petrolea*, compreendida como a uniformização das práticas internacionais costumeiras da indústria do petróleo derivada da *lex mercatoria*.

¹² RIBEIRO, Diogo Albanese Gomes. Arbitragem e Poder Público. *Revista Brasileira de Infraestrutura — RBINF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 164, jan./jun., 2013.

¹³ Decreto federal 10.025/2019: “Art. 2º, parágrafo único, incisos I, II e III: Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.”

¹⁴ Decreto 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro: “Art. 1º [...] Parágrafo único. Entende-se por conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis as controvérsias que possuam natureza pecuniária e que não versem sobre interesses públicos primários.”

Vale dizer que a *lex petrolea* teve sua primeira constatação de existência e validade em um caso paradigmático de arbitragem entre *Aramco v. Arábia Saudita* (1958), em cuja decisão concluiu-se tratar o instituto como uma lei consuetudinária válida para a indústria do petróleo.¹⁵

Ora na celebração de acordos entre concessionário e terceiros para cessão de parte ou da totalidade dos direitos de exploração e produção (*Farmin/Farmout Agreements*), ora na troca de ativos entre os próprios concessionários, dentre eles os próprios direitos de exploração e produção de petróleo de determinadas áreas (*Swap Agreements*),¹⁶ por certo a arbitragem constitui a alternativa que mais conforto traz às partes contratantes, mormente ao investidor estrangeiro, fruto de um histórico reconhecidamente bem sucedido da prática desse método de solução de controvérsias entre pessoas jurídicas de direito privado, ao longo de várias décadas, em diversos países.¹⁷

Sem ignorar a inerência do amplo uso da arbitragem a este ramo energético, a Lei 9.478/1997 (Lei do Petróleo) previu, em seu art. 43, inciso X,¹⁸ a obrigatoriedade da inserção de regras sobre a utilização desse modelo alternativo de resolução de conflitos nos contratos de concessão empreendidos pela ANP, que vem obedecendo tal assertiva desde a 1ª rodada de licitações.¹⁹

É claro que não se quis obrigar a agência reguladora e o concessionário a submeterem seus conflitos à arbitragem. A via arbitral, como mecanismo de solução de controvérsias, é, necessariamente, resultado das vontades livremente manifestadas pelas partes envolvidas.²⁰

Fato é que, mesmo a exploração de petróleo estando sujeita ao regime de monopólio público em função do estratégico interesse público para o Estado brasileiro²¹, não vacilou o legislador pátrio em não apenas possibilitar, como incentivar,

¹⁵ LINS, Carolina Barreira. *Considerações sobre a existência e aplicação da lex petrolea*. Conteúdo Jurídico, Brasília, dez, 2015. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/45697/consideracoes-sobre-a-existencia-e-aplicacao-da-lex-petrolea>. Acesso em: 10 maio 2020.

¹⁶ BUCHEB, José Alberto. A arbitragem na indústria do petróleo. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 15, p. 20, 2006.

¹⁷ MELLO, Marcelo Oliveira; ANDRADE, Carlos Cesar Borromeu. A arbitragem nos contratos comerciais e petrolíferos internacionais. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 147-162.

¹⁸ Art. 43, inciso X, da Lei 9.478/1997: "O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;"

¹⁹ SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. Análise das cláusulas de arbitragem nos contratos de concessão da 10ª Rodada de Licitações da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. *Direito E-energia* (Online), v. 2, p. 4, 2010.

²⁰ BUCHEB, José Alberto. A arbitragem na indústria do petróleo. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 15, p. 32, 2006.

²¹ NASCIMENTO, Arthur Bernardo Maia do; BEZERRA, Juliano César Petrovich; FRANÇA, Vladimir da Rocha. Participações governamentais nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural. *Revista Brasileira do Direito do Petróleo, Gás e Energia*, n. 2, p. 113, set. 2006.

nos primórdios dos efeitos da Lei de Arbitragem, quando ainda se discutia a possibilidade de o Poder Público acordar cláusula arbitral, o uso da arbitragem – em detrimento do Poder Judiciário – pela ANP.

A singela quebra desse paradigma se deu justamente como uma forma de fomentar a concorrência no setor e apontar a atratividade do Brasil para as empresas petrolíferas, que se entusiasmaram e viram oportunidades nos movimentos mais chegados ao liberalismo ocorridos em época contemporânea ao debate da Reforma do Estado.

De lá para cá, foram realizadas 16 (dezesesseis) rodadas de licitações de blocos exploratórios,²² em cujos contratos de concessão sempre se dispôs a respeito de cláusulas compromissórias em seção que trata do “Regime Jurídico”.

Em todos os contratos de concessão celebrados até então entre ANP e concessionário, muitas disposições para a solução de controvérsias por meio de arbitragem ostentaram posição permanente.

É o que se pode dizer (i) da eleição da Cidade do Rio de Janeiro como o foro de prolação da sentença arbitral – onde se encontra o escritório central da ANP e de boa parte dos das próprias concessionárias; (ii) do idioma da língua portuguesa na condução do processo, sem prejuízo de sua instrução com documentos em língua estrangeira; (iii) da nomeação de dois árbitros, cada qual escolhido isoladamente por uma das partes e pelos quais será designado um terceiro como presidente do painel; (iv) da decisão do mérito calcada nas leis brasileiras; (v) do pagamento de valores eventualmente devidos pela agência reguladora via precatório judicial etc. Outras definições, no entanto, sofreram alterações com o passar do tempo.

Da 1ª à 3ª rodadas de licitações, o contrato de concessão pressupunha a adoção das regras da Câmara de Comércio Internacional (CCI) no procedimento arbitral, inobstante facultar às partes mudar consensualmente as normas regimentais.

Após suprimir tal licença nos contratos da 4ª e 5ª rodadas, a ANP trouxe uma mudança relevante acerca da forma de gerenciamento do conflito na 6ª rodada: abandonou-se a opção pela arbitragem institucional (*i.e.*, aquela administrada por uma câmara arbitral), optando-se de modo categórico pelo modelo *ad hoc*, ainda que, curiosamente, coubesse ao painel arbitral escolhido conduzir a arbitragem sob os parâmetros estabelecidos no Regulamento da Corte de Arbitragem da CCI.²³

²² ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, *Concessão de Blocos Exploratórios*. Disponível em: <http://rodadas.anp.gov.br/pt/concessao-de-blocos-exploratorios-1>. Acesso em: 22 abr. 2020.

²³ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem no setor de óleo e gás. Considerações sobre as cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão celebrados pela ANP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, p. 196-197, 2016.

A referida alteração gerou severas críticas, em razão da indisposição com a arbitragem institucional, bem como pela própria dificuldade de se entender qual seria, *de jure*, o modelo a ser contemplado.

Este caráter supostamente híbrido e contraditório se deu até a 10ª rodada de licitações; entre a 11ª e a 13ª rodadas, ainda que mantida a arbitragem *ad hoc*, passou-se a incidir as regras da *United Nations Commission on International Trade Law* (Uncitral), as quais, diferentemente daquelas previstas no regulamento da CCI, tiveram o propósito de se amoldar às arbitragens *ad hoc*.²⁴

Já não era sem tempo, a ANP, “numa só tacada, reduziu a insegurança jurídica que recaía sobre as cláusulas compromissórias constantes dos contratos de concessão e, ao mesmo tempo, minimizou as chances de questionamento judicial do procedimento arbitral”²⁵ – muito embora tais infortúnios, como poderemos ver no próximo tópico, estejam longe de ser superados por razões correlatas.

A 15ª e 16ª rodadas (2017 e 2019, respectivamente), últimos certames finalizados até a produção deste artigo, deixaram de lado a arbitragem *ad hoc* para readotar a arbitragem institucional, fazendo ecoar os anseios daqueles que há muito aventavam ser esta última a mais adequada para dirimir conflitos que envolvem a Administração Pública.

Em sua nova redação, o contrato de concessão passou a permitir a escolha de uma das três instituições arbitrais nele listadas, sendo elas a Corte Internacional de Arbitragem da CCI, a Corte Internacional do Tribunal de Arbitragem Internacional de Londres (LCIA) e a Corte do Tribunal Permanente de Arbitragem de Haia (TPA). Precipuamente, a avença será de comum acordo entre ANP e o concessionário; não sendo possível, a escolha se dará de modo unilateral, a começar pela ANP.

Outra inserção promovida nas subcláusulas compromissórias foi aquela trazida no bojo da 11ª rodada, que se pôs a destinar, exclusivamente ao concessionário, o dever de suportar em caráter preemptivo todas despesas necessárias ao procedimento arbitral, cujos valores eram ressarcidos na hipótese de a ANP ser reconhecida pela sentença arbitral como a parte sucumbente.

Como já era de se esperar, a referida inovação causou extremo alvoroço no debate doutrinário e teve má recepção por parte daqueles que, além de entender que a nova subcláusula transgredia o princípio da igualdade das partes,²⁶

²⁴ CONSTANTINO, Ana. *Arbitragem Institucional ou Ad-Hoc?* Aceris Law LLC. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/arbitragem-institucional-ou-ad-hoc>. Acesso em: 26 mai. 2020.

²⁵ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem no setor de óleo e gás. Considerações sobre as cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão celebrados pela ANP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, p. 198, 2016.

²⁶ Lei 9.307/1996: “Art. 21, §2º: Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.”

maculava sobremaneira a própria viabilidade econômica da instauração do litígio na seara arbitral.

Sabemos ser comum que em arbitragens envolvendo a Administração Pública o particular tende a ser obrigado a adiantar todo o seu custo por força da estipulação contratual, havendo a standardização dessa regra até nas Câmaras Arbitrais.²⁷

Vale dizer que o espaço de inserção da referida estipulação não se restringe às cláusulas dos contratos administrativos. Com efeito, há de se notar que o sistema de antecipação de despesas com a arbitragem pelo contratado da Administração Pública pode estar encampado, inclusive, por um mandamento normativo. É o que se pode verificar, *e.g.*, no já mencionado Decreto 10.025/2019, que regulamenta a adoção da arbitragem nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. O seu art. 9.^º é categórico em afirmar que sempre será do contratante particular a responsabilidade do adiantamento de custas e honorários dos árbitros e peritos.²⁸

Não nos parece a maneira mais justa e apropriada de a Administração Pública tornar frequente a sua participação em disputas arbitrais. Diga-se de passagem, não há qualquer previsão na Lei da Arbitragem que torne o Poder Público dotado de uma pujança presumida para se afastar acautelatoriamente das despesas inerentes ao procedimento arbitral.

Ademais, a imposição do dever de adiantamento ao contratado na hipótese de instauração da arbitragem pela Administração pode gerar prejuízo à economicidade da contratação pública, uma vez que o particular incluirá os potenciais riscos e custos na precificação de sua proposta. Talvez a solução mais adequada seja a imputação, como regra geral, da responsabilidade pelo dever de adiantamento das

²⁷ MANNHEIMER, Sergio Nelson. Cláusula Compromissória em Contratos Públicos – Quando Utilizá-la. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (71), p. 602, 2017. Mencione-se, por exemplo, o Enunciado 4 da Resolução Administrativa 03/2014, do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (CAM-CCBC): “Nas arbitragens que envolvem controvérsias entre a Administração Pública e particulares, o particular poderá ser o responsável pelo pagamento inicial e/ou antecipado dos encargos e taxas devidos ao CAM/CCBC, assim como pelo adiantamento dos honorários devidos aos árbitros, conforme valores previstos na Seção 12 do Regulamento, sem prejuízo de eventual e posterior ressarcimento por parte da Administração Pública, nos termos do laudo arbitral.” CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. *RA 09/2014. Arbitragens com a Adm. Pública Brasileira*. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-09-2014-arbitragens-com-a-adm-publica-brasileira/>. Acesso em: 26 mai. 2020.

²⁸ Decreto federal 10.025/2019: “Art. 9.^º, caput, incisos I e II: As custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral serão antecipadas pelo contratado e, quando for o caso, restituídas conforme deliberação final em instância arbitral, em especial: I - as custas da instituição arbitral; e II - o adiantamento dos honorários arbitrais.” De forma semelhante: art. 11, parágrafo único, da Lei 19.477/2011 do Estado de Minas Gerais e art. 31, §2.^º, da Lei 13.448/2017.

custas e despesas à parte que requereu a instauração do procedimento arbitral, o que não impede a estipulação de forma diversa por acordo entre as partes.²⁹

Em razão das críticas, a ANP, a partir da 15ª rodada, editou a declaração da responsabilidade pelo pagamento das despesas com a arbitragem, fazendo constar na subcláusula que a antecipação do dispêndio é encargo exclusivo da parte requerente da instalação da arbitragem.

Embora haja a incorporação da cláusula compromissória nos contratos de concessão, as condutas da agência sempre traduziram uma indisposição em relação à instauração e ao desenvolvimento do procedimento arbitral ao qual se propôs a participar.

É possível perceber o reflexo dessa constatação na delimitação do rol de direitos patrimoniais disponíveis que a agência reguladora se prontificou a dispor a partir da 13ª rodada de licitações (2015), excluindo da arbitrabilidade objetiva as questões relacionadas às “obrigações previstas em lei, interpretação de definições legais, questões de direito público, nem obrigações de cunho ambiental”.³⁰ Verifica-se, aqui, uma verdadeira inviabilização da arbitragem, uma vez que a atuação do árbitro sempre envolve a interpretação dos dispositivos legais e as regras dos contratos de concessão encontram-se inseridas naturalmente no direito público.³¹

Nas 15ª e 16ª rodadas, pode-se dizer que a relação de controvérsias abrangidas pela noção da ANP do que seriam direitos patrimoniais disponíveis foi alargada, contemplando-se (i) a incidência de penalidades contratuais e seu cálculo, e controvérsias decorrentes da execução de garantias; (ii) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do Contrato; (iii) o inadimplemento de

²⁹ Nesse sentido, por exemplo: art. 9º Decreto 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro; art. 4º, §1º, item 5, e art. 8º do Decreto 64.356/2019 do Estado de São Paulo.

³⁰ “34.7.1 Considera-se direito patrimonial disponível, para fins desta cláusula arbitral, os direitos e deveres cujo fundamento são as cláusulas sinalagmáticas do presente contrato, e que não envolvam obrigações previstas em lei, interpretação de definições legais, questões de direito público, nem obrigações de cunho ambiental.” ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, *Minuta de Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural (2015)*, p. 72. Disponível em: http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round_13/Edital_R13/modelo_contrato_R13_BE_vfinal.pdf. Acesso em: 3 jun. 2020.

³¹ Nesse sentido, Gustavo da Rocha Schmidt afirma: “Excluiu-se, portanto, do campo da arbitragem controvérsias que envolvam obrigações previstas em lei, a interpretação de definições legais e questões de direito público e de cunho ambiental. Ocorre que a atividade do árbitro, em essência, é a de interpretar o direito posto (isto é, a interpretação de definições legais). Demais disso, inexistente controvérsia que possa surgir de um contrato de concessão e que não verse sobre tema de direito público. O contrato de concessão é espécie do gênero contrato administrativo e se rege, por natureza, pelas regras e pelo regime jurídico de direito público. Logo, se a referida estipulação contratual for levada ao pé da letra, nenhum espaço terá remanescido para a resolução de conflitos pela via da arbitragem.” SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem no setor de óleo e gás. Considerações sobre as cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão celebrados pela ANP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, p. 201, 2016.

obrigações contratuais por qualquer das Partes; e, não menos importante, (iv) as demandas relacionadas a direito ou obrigação contratual.³²

O quarto elemento, ao menos no escopo da cláusula compromissória, pareceu suprir parte das lacunas anteriormente existentes. Até porque, pode-se afirmar que todos os direitos e obrigações que decorram de contratos celebrados pela Administração Pública podem, também por disposição negocial nesse sentido, ser submetidos à arbitragem.³³

Mas, na prática, não é essa a concepção que a agência reguladora tem demonstrado possuir até aqui. Como será evidenciado, a ANP tem revelado a sua indisposição em relação à arbitragem, por qualquer razão que seja, pela utilização de um específico trunfo: a conclamação da inarbitrabilidade objetiva sempre que lhe parece haver um prejuízo iminente aos seus interesses.

4 Arbitrabilidade objetiva: críticas aos impedimentos à atuação do júízo arbitral normalmente apresentados pela ANP

As relações entre o Poder Concedente e o concessionário são regidas por princípios que ultrapassam o elemento volitivo dos negócios jurídicos por eles celebrados, deles se exigindo, além do respeito às expressas disposições na avença contratual, a adoção de comportamentos compatíveis com a relação de confiança surgida dos pactos contratuais.³⁴

A vedação à adoção de uma postura contraditória por uma das partes – muito difundida pelo brocardo latino *nemo potest venire contra factum proprium* – visa evitar uma lesão àquela cuja confiança legítima havia sido despertada, notadamente para impedir a violação à boa-fé objetiva.³⁵

Nesse ponto, a relação do princípio da proteção da confiança com a participação do Estado em arbitragem desdobra-se nas vertentes (i) negativa, que se

³² ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, *Minuta de Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural (2017)*, p. 64. Disponível em: http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round15/Edital/modelo_contrato_R15.pdf. Acesso em: 6 jun. 2020; ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, *Minuta de Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural (2019)*, p. 65. Disponível em: http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round16/edital/contrato_R16_08082019.pdf. Acesso em: 6 jun. 2020.

³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 72, p. 59, 2018.

³⁴ BINENBOJM, Gustavo. Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Vol. XXVI, 2016, p. 32.

³⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O princípio da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo brasileiro. *Boletim de Direito Administrativo - BDA*, v. 5, p. 531-548, São Paulo, 2010; SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 65-122.

opõe a qualquer postura estatal inclinada a evitar a arbitragem para recorrer à sua própria jurisdição, e (ii) positiva, esta indutora de um comportamento estatal coerente que mantém uma lógica no seu agir e evita a criação de situações de conflito que acabem por desaguar na instauração da arbitragem.³⁶

A partir de duas contendas específicas, verificaremos que a ANP tende a desatender ambas tais premissas sem muitas cerimônias, provocando o conflito e alegando sua inarbitrabilidade objetiva.

4.1 O caso Newfield

A primeira delas nos remonta à experiência que a Newfield Exploration Company, hoje incorporada pela Encana, teve com o Brasil. A então empresa norte-americana não possuía qualquer atividade em solo brasileiro, até que aqui se constituiu em atenção às oportunidades ofertadas na quarta rodada de licitações (2001-2002), da qual se sagrou vencedora para explorar o bloco BM-ES-20.³⁷

Após a referida conquista, a Newfield sofreu consequências negativas a partir de uma série de desalinhamentos entre o Ibama e a ANP, ambas autarquias federais. Sob o entendimento de que a área na qual o BM-ES-20 estava localizado era de alta sensibilidade, o Instituto negou todas as licenças ambientais requeridas pela concessionária para a realização da campanha exploratória.

Desconsiderando o entrave ambiental, a ANP continuou a exigir da concessionária uma série de obrigações submetidas a prazos que não se mostravam razoáveis diante do cenário instalado.

Antes de encerrar as atividades no Brasil, a empresa recorreu ao tribunal arbitral para rescindir o contrato e requerer a devolução de valores anteriormente pagos a título de bônus de assinatura e de taxa de ocupação e retenção da área.³⁸ A sentença arbitral prolatada em dezembro de 2008 foi, de certo modo, favorável aos seus interesses: endossou-se a resolução contratual e se determinou a parcial restituição das quantias desembolsadas.

Ocorre que, ainda na fase instrutória do procedimento arbitral, a ANP escolheu caminhos de certo incompatíveis com o princípio da segurança jurídica. No primeiro deles, ainda agindo dentro da formalidade – o que não se pode dizer a respeito da outra controvérsia que trataremos mais adiante –, foi suscitada

³⁶ COELHO, Bernardo Bichara Faria. Breves Considerações acerca da Arbitragem e os Princípios da Administração Pública. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (68), p. 63. 2014.

³⁷ ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, *Contrato de Concessão para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural 48610.009215/2002*. Disponível em: <http://www.anp.gov.br>. Acesso em: 6 jun. 2020.

³⁸ Procedimento arbitral CCI Newfield Brasil Ltda. vs. ANP (Caso 14.543/CCO/JRF).

“preliminar de inarbitrabilidade”, alegando a agência reguladora que a lide versava sobre direitos regulatórios e, portanto, indisponíveis.

A pretensão foi rechaçada pelo tribunal arbitral e, pouco tempo depois, a ANP entendeu por bem direcionar à Fazenda Nacional a atribuição de ajuizar, perante a Justiça Federal, execução fiscal que buscasse o pagamento de multa pela ruptura do contrato de concessão.³⁹

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região declarou a nulidade da Certidão de Dívida Ativa que deu origem à execução judicial, fazendo-se de extrema relevância a transcrição das reflexões apresentadas no referido julgado:

Diante de tal cláusula, parece perfeitamente cabível o argumento da excipiente no sentido de que, uma vez que solucionado o conflito perante o “árbitro” escolhido pelas partes, não pode sua decisão ser desconsiderada sob o argumento de que, uma vez inscrita em dívida ativa, os valores cobrados passam a ser “indisponíveis”. Na verdade, se existia cláusula contratual vinculando as partes à arbitragem, aqueles valores jamais poderiam ter sido cobrados sem que fosse decidido o pleito formulado pela executada em sede de arbitragem.

Se a Fazenda desejasse afastar a aplicabilidade do que ficou decidido na esfera arbitral, deveria se valer de alguma das hipóteses do artigo 32 da lei nº 9307/96, uma vez que somente em algum daqueles casos é possível pleitear judicialmente a nulidade da decisão arbitral, e conseqüentemente, um reexame da matéria. Mas nenhuma daquelas hipóteses foi mencionada, tendo a Fazenda simplesmente alegado que o caso seria de direito indisponível, estando, portanto, afastada a aplicação da arbitragem. Tal alegação não pode ser considerada pertinente, em primeiro lugar porque a se pensar como a Fazenda, qualquer valor pecuniário cuja titularidade fosse da Fazenda, a seu ver teria caráter indisponível, o que não corresponde à realidade, uma vez que a Fazenda pode agir como particular em determinadas relação jurídicas contratuais (v.g. locação, etc.). Em segundo lugar, porque se a matéria fosse efetivamente indisponível, o próprio órgão encarregado de realizar a arbitragem teria se eximido do julgamento da causa, o que não ocorreu, conforme visto.⁴⁰

Ao final da relação, a Newfield chegou a um acordo financeiro com a ANP nos moldes da sentença arbitral, mas a disputa, possivelmente, gerou profunda desconfiança nos demais *players* de O&G.

³⁹ Justiça Federal do Rio de Janeiro. *Execução Fiscal 2008.51.01.505224-0*. Disponível em: <http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp>. Acesso em: 6 jun. 2020.

⁴⁰ TRF/2, Ap. 0505224-09.2008.4.02.5101, 8ª Turma. Especializada, j. 16.11.2011, unânime.

4.2 O caso Petrobras

Outro caso emblemático que merece ser destacado envolve a Petrobras. Passados quase dezesseis anos de vigência do contrato de concessão celebrado com a Petrobras na Rodada Zero de Licitações para a exploração do Bloco BC-60,⁴¹ a ANP notificou a estatal informando que os campos anteriormente arrematados do Parque das Baleias seriam unificados em apenas um (Campo de Jubarte), cabendo à concessionária apresentar um novo Plano de Desenvolvimento com base nessa mudança.

Provavelmente, a ANP viu na descoberta do Pré-Sal existente naquela região uma oportunidade para redefinir os limites daquelas áreas sob novas interpretações geológicas e, com isso, aumentar substancialmente a arrecadação das Participações Especiais (PEs).

Com seu pedido de reconsideração negado, a Petrobras fez uso da cláusula arbitral a fim de impedir que as regras do jogo fossem repentinamente alteradas. A ANP sequer esperou o juízo arbitral tratar de sua competência em sede preliminar, imediatamente pleiteando a anulação do procedimento arbitral por meio de uma *anti-suit injunction*.⁴²

Aos olhos da agência reguladora, o embate sobre a possibilidade ou não da unificação dos campos de petróleo não decorria de uma matéria contratual, mas puramente do seu poder regulatório de império, incluído no rol de direitos patrimoniais indisponíveis e, portanto, não apreciável em arbitragem.

Entre idas e vindas de liminares, o TRF/2 chancelou o entendimento da ANP segundo o qual caberia ao Poder Judiciário se manifestar sobre a competência ou não do tribunal arbitral para realizar o seu próprio juízo de competência.

A questão acabou sendo levada ao STJ pela Petrobras, com a suscitação do Conflito de Competência (CC) 139.519/RJ, que, ao final, sob o voto vencedor da Ministra Regina Helena Costa, reconheceu que a Lei de Arbitragem consagra o princípio da competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*) com base no modelo francês, e não no norte-americano.⁴³

⁴¹ ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, *Contrato de Concessão para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural 48000.003560/97-49*. Disponível em: <http://www.anp.gov.br>. Acesso em: 5 jun. 2020.

⁴² “As anti-suit injunctions, ou ações judiciais com o objetivo de não permitir o julgamento por um órgão jurisdicional ou arbitral considerado incompetente, têm sido objeto de numerosos artigos nos últimos anos. Justifica-se, pois, o estudo do seu papel, no direito brasileiro, por ocasião do aniversário da nossa Lei de Arbitragem.” WALD, Arnoldo. *As anti-suit injunctions no direito brasileiro*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, p. 29-43, São Paulo, 2006.

⁴³ “CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E ÓRGÃO JURISDICIONAL ESTATAL. CONHECIMENTO. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO. DEVER DO ESTADO. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. PRECEDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL EM RELAÇÃO À JURISDIÇÃO ESTATAL. CONTROLE JUDICIAL A POSTERIORI. CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE O DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INTERESSE

Trocando em miúdos, o Direito Francês defende que a análise de existência de validade da cláusula compromissória só pode ser feita pelo Judiciário após o encerramento do processo arbitral, se a arbitragem ainda não foi instituída ou se a cláusula é manifestamente nula, nos termos do *Code de Procedure Civile*.⁴⁴ Por sua vez, o Direito Norte-Americano admite o exame judicial prévio mais aprofundado da convenção arbitral.⁴⁵

É possível afirmar que a legislação brasileira adotou o efeito negativo do princípio da competência-competência tal qual a legislação francesa. Basta a leitura conjugada dos arts. 8.º, parágrafo único, 20, *caput*, §§1.º e 2.º, e 33, ambos da Lei de Arbitragem, para se verificar que ao juízo arbitral lhe foi conferida a faculdade *prima facie* de deliberar sobre os limites de suas atribuições.⁴⁶ Julgando-se competente, cabe à parte insatisfeita recorrer a órgão julgador estatal, no momento oportuno, por meio do ajuizamento da ação anulatória da sentença arbitral.

Nada obstante, o procedimento arbitral entre a Petrobras e a ANP seguiu seu curso após a decisão do STJ, até que as partes requereram sua suspensão para

PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE. I - Conflito de competência entre o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, suscitado pela Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRAS. Reconhecida a natureza jurisdicional da arbitragem, compete a esta Corte Superior dirimir o conflito. II - Definição da competência para decidir acerca da existência, validade e eficácia da Cláusula Compromissória de Contrato de Concessão firmado para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, cujas condições para execução foram alteradas unilateralmente pela agência reguladora por meio da Resolução da Diretoria (RD) n. 69/2014. III - O conflito de competência não se confunde com os pedidos e causa de pedir da ação originária, na qual se objetiva a declaração de indisponibilidade do direito objeto da arbitragem e consequente inaplicabilidade da cláusula arbitral e a declaração de nulidade do procedimento arbitral em decorrência da Resolução da Diretoria n. 69/14, alterando a área de concessão controversada, cumulado com pedido de anulação do processo arbitral, qual seja, de *anti-suit injunction*, destinada a evitar seu processamento junto ao Juízo Arbitral. [...] XIII - Prematura abertura da instância judicial em desconformidade com o disposto no art. 3.º, §2.º, do CPC/2015 e os termos da Convenção Arbitral. XIV - Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Agravos regimentais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e do Estado do Espírito Santo prejudicados." STJ, CC 139.519/RJ, Rel(a). p/ Acórdão Min(a) Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe 10/11/2017.

⁴⁴ FRANÇA, *Code de Procédure Civile*, article 1448: "Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence. Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite." (Tradução nossa: "Quando uma controvérsia relacionada a uma convenção de arbitragem é levada a um tribunal estatal, este se declarará incompetente, a menos que o tribunal arbitral ainda não tenha sido provocado e se o acordo de arbitragem for manifestamente nulo ou manifestamente inaplicável. A jurisdição do Estado não pode automaticamente elevar sua jurisdição. Qualquer estipulação contrária a este artigo é considerada inexistente."). Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716&idArticle=LEGIARTI000023450943>. Acesso em: 5 jun. 2020.

⁴⁵ TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, p. 132, 2016.

⁴⁶ CONSULTOR JURÍDICO. *Disputa entre Petrobras e ANP deve ser resolvida em arbitragem, decide STJ*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-22/stj-decide-petrobras-anp-resolvam-disputa-arbitragem>. Acesso em: 5 jun. 2020.

negociar o acordo que viria a seguir:⁴⁷ a Petrobras concordaria com a unificação dos campos e passaria a pagar as reajustadas PEs sobre o denominado Novo Campo de Jubarte; em contrapartida, a ANP garantiria à concessionária a prorrogação da fase de produção por 27 (vinte e sete) anos.

A controvérsia ganhou os contornos da consensualidade e sobre ela não há que se fazer qualquer crítica. Entretanto, permanece no ar até que ponto a ANP se prestaria a persistir no argumento de que a matéria discutida seria inarbitrável pela suposta manifesta indisponibilidade do direito.

4.3 Direitos disponíveis: da interpretação restritiva à extensiva

Ainda que tenham sido poucas as instaurações de procedimentos arbitrais decorrentes da disposição de cláusula compromissória nos contratos de concessão, o histórico comportamental da agência reguladora demonstra que há uma busca ostensiva pela relativização da arbitrabilidade objetiva como forma de tentar garantir a apreciação da controvérsia pelo Poder Judiciário.

Sob a percepção daqueles que contratam com o Poder Público, os episódios anteriormente relatados significam, para todos os efeitos, uma quebra de confiança entre o Poder Concedente e o agente regulado, produzindo um aumento ainda maior de insegurança jurídica no Brasil.⁴⁸

Ora, a confirmação da arbitrabilidade das disputas envolvendo a Administração Pública serve justamente para amenizar a litigiosidade do Estado brasileiro. Não havendo seu afastamento do Poder Judiciário, o esforço de instituições públicas e privadas para promover meios alternativos de solução de controvérsias será em vão.⁴⁹

Aqueles que se mostram partidários à inarbitrabilidade objetiva, comumente sustentada pela ANP por força de poderes de império do Estado que precedem a contratação, parecem não querer se atentar para o fato de que, por mais que

⁴⁷ ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, *Acordo para Encerramento da Controvérsia Envolvendo as Áreas do Contrato de Concessão BC-60*. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/arquivos/cap/2018/cap34/minuta-acordo-pa-pos-apAP.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2020.

⁴⁸ Acerca da postura adequada pela Administração Pública quando convencionada a cláusula arbitral, Bernardo Bichara Coelho afirma: "As consequências advindas da opção pela Arbitragem originam para o Estado a necessidade de evitar conflitos injustificados que possam se tornar assaz onerosos para ele. Tal postura, embora pareça intuitiva, não costuma ser observada pela Administração Pública, que prefere fugir dos problemas ao invés de evitá-los e, uma vez instalados, opta por adiá-los em lugar de resolvê-los. Um Judiciário moroso, burocrático e não especializado sempre descortinou um cenário ideal para o aludido comportamento. À arbitragem, porém, não tolera esse tipo de manobra." COELHO, Bernardo Bichara Faria. Breves Considerações acerca da Arbitragem e os Princípios da Administração Pública. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (68), p. 61. 2014.

⁴⁹ TIBURCIO, Carmen, PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a administração pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2005. *Revista de Processo*, v. 254, p. 433, abr., 2016.

não possam estes ser objeto de negociação, seus efeitos patrimoniais podem ser equacionados pelo método arbitral.⁵⁰

Nesta concepção, os litígios jurídico-administrativos inexoravelmente tratarão de questões atinentes à validade de atos administrativos.⁵¹ Dentre os tais, serão preponderantes aqueles que impliquem em uma obrigação econômica sobre o particular diretamente associada ao contrato, daí se justificando serem passíveis de apreciação por um painel arbitral.

É preciso separar o joio do trigo. Não se quer aqui legitimar uma indevida instauração de um procedimento arbitral com o objetivo de disciplinar o exercício de competências estatais, definindo se e quando o Poder Público pode invocar seus poderes. Isso não significa dizer, entretanto, que há impedimento na aplicação da cláusula arbitral para se discutir questão relativa à licitude do exercício dessas competências como fundamento jurídico de um pedido.⁵²

Os limites da patrimonialidade do direito podem e devem ser mais amplos e flexíveis. Para além de discordâncias estritamente monetárias, “a patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico”.⁵³

Ao contrário do que se pretende fazer crer, o interesse público não é disposto com vistas à satisfação de uma outra categoria de interesse. Em verdade, define-se o melhor caminho para atender o interesse público previamente definido nas cláusulas contratuais. Afinal, “o árbitro não dispõe sobre o interesse público, mas se o contrato foi cumprido corretamente ou não pelas partes”.⁵⁴

Denota-se por ambos os casos relatados no presente artigo que a ANP pretendeu conferir à disponibilidade do direito transacionável uma interpretação

⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 72, p. 51-54, 2018.

⁵¹ CORREIA, J. M. Sérvulo. A arbitragem dos litígios entre particulares e Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, n. 5, p. 177, set. 2014/ fev. 2015.

⁵² TIBURCIO, Carmen, PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a administração pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2005. *Revista de Processo*, v. 254, p. 440, abr., 2016. De acordo com Eros Roberto Grau: “Por isso - repita-se - embora a Administração disponha, no dinamismo do contrato administrativo, de poderes que se toma como expressão de *puissance publique* [alteração unilateral da relação, v.g.], essa relação não deixa de ser contratual, os atos praticados pela Administração enquanto parte nessa mesma relação sendo expressivos de meros atos de gestão. Em suma, é preciso não confundirmos o Estado-aparato com o Estado-ordenamento. Na relação contratual administrativa o Estado-aparato [a Administração] atua vinculado pelas mesmas estipulações que vinculam o particular; ambos se submetem à lei [Estado-ordenamento]; ou seja, a Administração não exerce atos de autoridade no bojo da relação contratual. GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 21, mar., 2002, p. 144-145.

⁵³ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, vol. 264, ano 42, p. 99, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

⁵⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Arbitragem nos contratos da Administração Pública. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 109, jan./jun., 2019.

restritiva, apta a lhe proporcionar a esquiva dos efeitos da cláusula compromissória anteriormente pactuada.

Não é estranho desconfiar que parte desta estratégia se dê pelas ainda desejadas prerrogativas processuais que a Fazenda Pública possui sob a jurisdição estatal, a exemplo dos prazos em dobro (art. 183 do CPC), do reexame necessário (art. 496 do CPC) e da exoneração de se arcar com quaisquer despesas que não as verbas decorrentes da sucumbência. Além disso, há uma falsa concepção ainda não superada de que juízo estatal procurará zelar pelo interesse público em maior grau do que o juízo arbitral.⁵⁵

Escapar das inúmeras vantagens compensatórias da arbitragem é, em última análise, destoar do interesse público coletivo e gerar “enorme insegurança jurídica para os contratantes, sobretudo para eventuais investidores que tenham interesse no setor de produção e exploração de petróleo no Brasil”.⁵⁶

4.4 Um novo caminho para a efetiva adoção da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos entre ANP e concessionário

Nada obsta a arguição injustificada da inarbitrabilidade objetiva pela Administração Pública. Em que pese o STJ já tenha se mostrado favorável ao juízo arbitral para avaliar sua própria competência em questões controvertidas quanto à disponibilidade de direitos (vide, por exemplo: CC 139.519/RJ e REsp 1.550.260/RS), a questão ainda pode gerar debates.

É preciso que o Poder Judiciário prestigie o princípio competência-competência, não apenas pela necessidade de obediência da Lei de Arbitragem, mas, também, pela busca de efetividade das cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão. A fuga da força obrigatória dos contratos importa em violação ao dever anexo de lealdade, este oriundo da confiança estabelecida entre as partes contratantes.

Nessa esteira, há de se suspeitar se não teria sido melhor a supressão da cláusula compromissória nos contratos de concessão de O&G, atribuindo ao Judiciário plena competência para dirimir conflitos deles derivados. Ao menos haveria, nesta hipótese, uma certa noção para o particular quanto aos custos diretos

⁵⁵ CORREIA, J. M. Sérvulo. A arbitragem dos litígios entre particulares e Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, n. 5, p. 180, set. 2014/ fev. 2015.

⁵⁶ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem no setor de óleo e gás. Considerações sobre as cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão celebrados pela ANP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, p. 198, 2016.

e periféricos com os quais teria que arcar até que fosse a controvérsia definitivamente solucionada na via judicial.

Acontece que a medida longe estaria de ser compatível com os meios alternativos de resolução de conflitos. Por isso, torna-se necessário instituir mecanismos coibitivos que busquem a manutenção da coerência do agir administrativo, coadunadas às melhores práticas arbitrais e regulatórias. Mais do que um ato de respeito ao particular, é, inclusive, um comportamento eficiente e econômico.⁵⁷

Nada obsta que, em casos extremos, o Poder Judiciário verifique a ocorrência da litigância de má-fé e aplique as respectivas penalidades aos que deflagrem injustificadas *anti-suit injunctions*.

Aliás, por mais irônico que possa parecer, o sucesso da jurisdição arbitral depende, muito intensamente, do Poder Judiciário, que tem se mostrado protagonista no esforço pela ampliação e pelo aprimoramento da adoção de meios alternativos de solução de controvérsias, sobretudo quando se trata da arbitragem. Somente por meio do esforço mútuo entre particulares e representantes do Estado será possível propiciar à via arbitral a segurança jurídica necessária para o pleno e sadio desenvolvimento econômico da indústria petrolífera nacional.

5 Considerações finais

Verificamos que o legislador ordinário não vacilou em prever e incentivar, na Lei do Petróleo, o uso da arbitragem pela ANP quando celebrados os contratos de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural, muito antes de a relação entre o referido instituto e o Poder Público ganhar seus devidos contornos a partir da Lei 13.129/2015 que alterou a Lei de Arbitragem.

A superação de determinadas questões controvertidas concernentes a essa associação não puseram uma pá de cal sobre o que se entende por direitos disponíveis e indisponíveis da Administração Pública, aos quais sempre será conferida uma interpretação caso a caso em razão da linha limítrofe que os separa, natural de conceitos jurídicos indeterminados.

A interpretação restritiva à arbitrabilidade objetiva, que foi sustentada pela ANP nos casos analisados no presente estudo, colocam em risco a segurança jurídica dos contratos firmados no respectivo setor e o próprio desenvolvimento da arbitragem no âmbito da Administração Pública.

Em suma, uma acepção extensiva dos direitos disponíveis da Administração Pública, com o objetivo de abranger, em regra, a solução das controvérsias

⁵⁷ COELHO, Bernardo Bichara Faria. Breves Considerações acerca da Arbitragem e os Princípios da Administração Pública. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (68), p. 64. 2014.

inerentes às cláusulas contratuais, poderia contribuir para o respeito das boas práticas internacionais da indústria do petróleo.

Controversial Aspects of Objective Arbitrability in Oil and Natural Gas Concession Contracts

Abstract: This article aims to present the notion of objective arbitrability in the oil and natural gas sector. In a given case, it is possible to notice that the National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels - ANP - has sought to rule out the applicability of the arbitration clause provided for in the concession contracts, including the filing of lawsuits, in order to remove some contractual controversies from the arbitration analysis and to preserve its regulatory authority. At the end, the text proposes the respect of contractual clauses, including the arbitration clause, with the implementation of the principles of protection of legitimate expectations and legal security, inherent to the prosperity of the oil and gas sector.

Keywords: Arbitration. Concession contract. Oil & Gas.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 72, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Vol. XXVI, 2016.

BUCHEB, José Alberto. A arbitragem na indústria do petróleo. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 15, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

COELHO, Bernardo Bichara Faria. Breves Considerações acerca da Arbitragem e os Princípios da Administração Pública. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (68), 2014.

CONSTANTINO, Ana. *Arbitragem Institucional ou Ad-Hoc? Aceris Law LLC*. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/arbitragem-institucional-ou-ad-hoc>. Acesso em: 26 mai. 2020.

CORREIA, J. M. Sérvulo. A arbitragem dos litígios entre particulares e Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, n. 5, set. 2014/fev. 2015.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 21, mar., 2002.

HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, jul./set. 2015.

LINS, Carolina Barreira. *Considerações sobre a existência e aplicação da lex petrolea*. Conteúdo Jurídico, Brasília, dez., 2015. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/45697/consideracoes-sobre-a-existencia-e-aplicacao-da-lex-petrolea>. Acesso em: 10 maio 2020.

MANNHEIMER, Sergio Nelson. Cláusula Compromissória em Contratos Públicos – Quando Utilizá-la. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (71), 2017.

MELLO, Marcelo Oliveira; ANDRADE, Carlos Cesar Borrromeu. A arbitragem nos contratos comerciais e petrolíferos internacionais. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NASCIMENTO, Arthur Bernardo Maia do; BEZERRA, Juliano César Petrovich; FRANÇA, Vladimir da Rocha. Participações governamentais nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural. *Revista Brasileira do Direito do Petróleo, Gás e Energia*, n. 2, set. 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Arbitragem nos contratos da Administração Pública. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 101-123, jan./jun., 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O princípio da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo brasileiro. *Boletim de Direito Administrativo - BDA*, v. 5, p. 531-548, São Paulo, 2010.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Arbitragem e Poder Público. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan./jun., 2013.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem no setor de óleo e gás. Considerações sobre as cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão celebrados pela ANP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, 2016.

SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. Análise das cláusulas de arbitragem nos contratos de concessão da 10ª Rodada de Licitações da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. *Direito E-nergia* (Online), v. 2, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 248, p. 117-126, mai./ago., 2008.

TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, 2016.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, vol. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TIBURCIO, Carmen, PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a administração pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2005. *Revista de Processo*, v. 254, abr., 2016.

WALD, Arnoldo. As *anti-suit injunctions* no direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, p. 29-43, São Paulo, 2006.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; SOUZA, Lucas Carvalho de. Aspectos controversos da arbitrabilidade objetiva nos contratos de concessão de petróleo e gás natural. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 02, n. 04, p. 233-254, jul./dez. 2020.

INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES

A *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, com periodicidade semestral, é um periódico especializado no campo das vias alternativas de solução de conflitos, como a Arbitragem, a Mediação, o *Dispute Board*, a área de Desenho de Sistemas e, ainda, o tema da *Online Dispute Resolution*, dentre outras temáticas igualmente relevantes.

As propostas de artigos para edição em nossa revista deverão ser enviadas para conselhorevistas@editoraforum.com.br ou editorial.rbadr@gmail.com.

Os trabalhos deverão ser acompanhados dos seguintes dados: nome do autor, sua qualificação acadêmica e profissional, endereço completo, telefone e *e-mail*.

Os textos para publicação na *RBADR* deverão ser *inéditos* e para publicação *exclusiva*. Uma vez publicados nesta revista, também poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original.

Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos.

A revista reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

Os trabalhos deverão ser redigidos em formato Word, fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5. Os parágrafos devem ser justificados. O tamanho do papel deve ser A4 e as margens utilizadas idênticas de 3 cm. Número médio de 15/40 laudas. Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

Serão aceitos trabalhos redigidos na língua portuguesa e inglesa.

Os originais dos artigos devem ser apresentados de forma completa, contendo: título do artigo (na língua do texto e em inglês), nome do autor, filiação institucional, qualificação (mestrado, doutorado, cargos etc.), resumo do artigo, de até 250 palavras (na língua do texto e em inglês – *Abstract*), palavras-chave, no máximo 5 (na língua do texto e em inglês – *Keywords*), sumário do artigo, epígrafe (se houver), texto do artigo, referências.

O autor deverá fazer constar, no final do artigo, a data e o local em que foi escrito o trabalho de sua autoria.

Recomenda-se que todo destaque que se queira dar ao texto seja feito com o uso de *itálico*, evitando-se o **negrito** e o sublinhado. As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores; as citações textuais longas (mais de três linhas) devem constituir um

parágrafo independente, com recuo esquerdo de 2cm (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10; as citações textuais curtas (de até três linhas) devem ser inseridas no texto, entre aspas e sem itálico. As expressões em língua estrangeira deverão ser padronizadas, destacando-as em itálico. O uso de *op. cit.*, *ibidem* e *idem* nas notas bibliográficas deve ser evitado, substituindo-se pelo nome da obra por extenso.

Todos os artigos passam por uma avaliação prévia realizada pela Coordenação Científica da revista (*Desk Review*), verificando sua adequação à linha editorial da revista. Os artigos aprovados nessa seleção prévia são remetidos a dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como *double blind peer review*. Os pareceristas não conhecem a identidade do autor e vice-versa.

O prazo dos revisores para a elaboração do parecer é de 30 dias. Recebido o parecer, este é imediatamente encaminhado (sem dados sobre a identidade do parecerista) ao autor do artigo para que tome ciência. Se o revisor indicar a necessidade de aprimoramento do trabalho o autor tem a prerrogativa de enviar, no prazo de 30 dias, uma nova versão com todas as adições e alterações realçadas em vermelho. O texto será então repassado ao mesmo revisor para nova análise.

Somente podem ser aceitos para publicação pelo Conselho Editorial artigos com parecer favorável de dois revisores. Caso um revisor dê parecer favorável e outro desfavorável, o artigo será enviado a um terceiro revisor para desempate. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos.

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos. O autor receberá gratuitamente um exemplar da revista com a publicação do seu texto.

As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

Eventuais dúvidas poderão ser aclaradas pelo telefone (31) 2121.4910 ou pelo *e-mail* conselhorevistas@editoraforum.com.br.

Esta obra foi composta na fonte Frankfurt, corpo 10 e impressa em papel Offset 75g (miolo) e Supremo 250g (capa) pela Laser Plus Gráfica, em Belo Horizonte/MG.