

Revista Brasileira de  
*Alternative Dispute Resolution*

# RBADR

# 06

Ano 03 · Número 06  
Jul./Dez. 2021

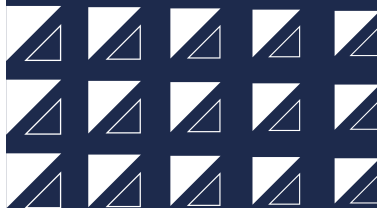
Publicação Semestral  
ISSN: 2596-3201

*Presidente*

***Gustavo da Rocha Schmidt***

*Editor-Chefe*

***Daniel Brantes Ferreira***



CBMA | CENTRO BRASILEIRO DE  
MEDIÇÃO E ARBITRAGEM

FORUM



ano 03 - n. 06 | julho/dezembro - 2021  
Belo Horizonte | p. 1-240 | 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

© 2021 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](mailto: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 impresso 2596-3201  
ISSN digital 2674-8835

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)

*Lidia Spitz* (Universidade Federal do Rio de Janeiro, 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 Uberaba – UNIUBE, Uberaba, MG, Brasil)  
*Luis Felipe Salomão* (Ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ, Brasília, DF, Brasil)  
*Luiz Claudio Allemann* (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 Federation)  
*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)  
*Maria A. Egorova* (*Head of the International Cooperation Department of the Kutafin Moscow State Law University, Moscow, Russia*)  
*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)  
*Nitesh Kumar Upadhyay* (*Galgotias University, Greater Noida, India*)  
*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 Loretto Henri* – 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

### **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. Loretto Henri* – 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

#### **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)

*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)

### 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 Danilevicz* (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)  
*Luís Felipe Salomão* (Ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ, Brasília, DF, Brasil)  
*Luiz Claudio Allemann* (Centro Superior de Ciências Sociais de Vila Velha – ES; Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – ES; Fundação Getúlio 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, 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, Eistanbul, Turkey)

## **CBMA's TECHNICAL BOARD OF DIRECTORS**

### **Arbitration**

*Ricardo Loretto Henri* – 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. Loretto Henri* – 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 Basílio* – 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

#### Cláusulas escalonadas: repercussões da mediação na arbitragem

<b>Ana Betina da Costa Pires Ferreira</b> .....	21
Introdução.....	21
1    Cláusulas compromissórias.....	23
1.1  Autonomia da vontade na estipulação das cláusulas arbitrais .....	24
1.2  Cláusulas escalonadas e cláusulas mistas ou híbridas.....	25
2    Escopo da arbitragem e as cláusulas escalonadas.....	28
2.1  Vantagens e desvantagens das cláusulas escalonadas .....	29
3    Comparativo.....	31
3.1  A cláusula escalonada no ordenamento jurídico brasileiro .....	31
3.2  Experiência estrangeira .....	32
4    Conclusão.....	34
Referências.....	36

#### O novo Tribunal do Futebol da FIFA: inovações e procedimentos

<b>Bichara Abidão Neto, Victor Eleuterio</b> .....	37
1    Introdução.....	37
2    Do modelo PSC/DRC até o Tribunal do Futebol .....	38
3    Jurisdição e competência .....	40
4    Composição e funcionamento.....	42
5    Normas gerais de procedimento .....	43
6    O procedimento “ordinário” .....	44
7    Instrução processual e decisões.....	45
8    Mediação.....	46
9    Demandas sobre o Mecanismo de Solidariedade FIFA e o <i>Training Compensation</i> ....	47
10   Pedidos “regulatórios” .....	48
11   Conclusão.....	48
Referências .....	49

#### Limitação da cognição da impugnação ao cumprimento de sentença arbitral estrangeira homologada

<b>Danielli Farias Rabelo Leitão Rodrigues</b> .....	51
1    Introdução.....	51
2    Homologação de decisão estrangeira arbitral .....	53
3    Execução de decisão estrangeira arbitral homologada .....	58
4    Matérias de defesa cognoscíveis pelo juízo do cumprimento de sentença arbitral estrangeira.....	60
5    Conclusão.....	65
Referências.....	66

## Os meios alternativos de solução de controvérsias na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

<b>Gustavo da Rocha Schmidt</b> .....	69	
1	Introdução .....	69
2	Escoço histórico .....	70
3	Os meios alternativos de solução de controvérsias na Lei nº 14.133/2021 .....	75
3.1	Tribunal Multiportas (art. 151, <i>caput</i> ) .....	75
3.2	Limites objetivos ao uso das ADRs nas contratações estatais (art. 151, parágrafo único) .....	78
3.3	Arbitragem de direito (art. 152) .....	80
3.4	O princípio da publicidade (ainda o art. 152) .....	81
3.5	Possibilidade de aditamento contratual (art. 153) .....	85
3.6	Processo de escolha dos árbitros e dos membros dos <i>dispute boards</i> (art. 154) .....	86
3.7	O papel e a escolha das câmaras de arbitragem .....	87
4	Conclusões .....	91

## The Brazilian Center for Arbitration and Mediation (CBMA) as an appellate sports arbitration institution

<b>Gustavo da Rocha Schmidt, Natália Ribeiro, Daniel Brantes Ferreira</b> .....	93	
1	Introduction .....	94
2	CBMA's Sports Arbitration History .....	94
3	CBMA Sports Law Rules of Appeal .....	96
3.1	Formation of Arbitral Tribunal .....	97
3.2	Proceedings consolidation .....	97
3.3	The Emergency Arbitrator .....	98
4	The New CBMA Sports Law Rules of Appeal .....	99
5	Appellate Sports Arbitration in numbers: from the CNRD to CBMA .....	101
5.1	Awards rendered by CNRD X Appeals received by CBMA .....	101
5.2	Appellate Sports Arbitration and its impact at CBMA's arbitration numbers .....	102
5.3	Appellate Sports Arbitration cost payment issues .....	104
5.3.1	Blue Group – The arbitration procedure was archived .....	104
5.3.2	Orange Group – There was a delay in the payment of costs and, consequently, a delay in the delivery of the arbitral award to the parties .....	105
5.4	Female participation in sports appeal arbitration – Number of arbitrators and arbitrators appointed .....	106
5.5	Regionality of appointed arbitrators .....	107
6	Final note .....	108

## As cláusulas de *earn-out* e a mediação

<b>Gustavo Pires Ribeiro</b> .....	109	
1	Introdução .....	109
2	A cláusula de <i>earn-out</i> .....	111
3	Definição de metas para o pagamento do <i>earn-out</i> .....	116
3.1	Permanência do vendedor na gestão da empresa .....	116
3.2	Manutenção da carteira de clientes .....	118
3.3	Atingimento de determinado indicador financeiro .....	119
4	Acompanhamento das metas para o pagamento do <i>earn-out</i> .....	122
5	Utilização da mediação na solução dos conflitos relacionados ao pagamento do <i>earn-out</i> .....	123
6	Conclusão .....	128
	Referências .....	129

## Social Media-Tion: A Constructive Approach to Dispute Resolution?

<b>Harshita Agarwal, Poulomi Sen</b> .....	131
Introduction.....	131
Background.....	132
Social media vis-à-vis ADR.....	133
Social media as a “Liberation Technology” for dispute resolution.....	135
Impact of social media in dispute resolution: a bane.....	139
Critical analysis of social media’ influence on the adjudicators: a threat to justice administration.....	140
Way forward: an approach to maintain ethical conduct and social etiquette.....	142
Conclusion.....	142
Bibliographic references.....	144

## A arbitrabilidade objetiva do ato administrativo discricionário à luz do entendimento do STJ

<b>Kauê Henrique Neto, Luciano Reis</b> .....	147
1    Introdução.....	147
2    Origem da disputa entre a Petrobras e ANP.....	148
2.1    Argumentos pela inarbitrabilidade da disputa.....	151
2.1.1    Os limites impostos à arbitragem pela ordem jurídica nacional.....	152
2.1.2    Indisponibilidade do direito controvertido entre as partes.....	153
3    Votos dos Ministros do STJ.....	155
3.1    Voto do Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho.....	156
3.2    Voto da Ministra Regina Helena Costa.....	158
4    Considerações finais.....	159
Referências.....	160

## Maritime arbitration – Ad hoc and institutional methods: A view from a Brazilian perspective

<b>Lucas Leite Marques, Gabriela Júdice Paoliello, Rafaela Brandão Rocha</b> .....	163
I    Introduction.....	163
II   Arbitration in Brazil.....	164
III  Ad hoc and institutional arbitration.....	166
IV   Maritime arbitration in the international scenario.....	168
V    Conclusion/Comments from a Brazilian perspective.....	173
References.....	174

## Do cabimento dos meios consensuais de solução de conflitos para a promoção do turismo no Brasil

<b>Maria Constança Leahy Madureira</b> .....	177
Introdução.....	177
1    Brevíssimas considerações sobre turismo.....	179
1.1    Conceitos, âmbitos e dimensões.....	179
1.2    Turismo e hospitalidade.....	182
2    Meios consensuais de solução de conflitos ambientais.....	182
2.1    Conceitos, particularidades, tipos e cabimentos.....	182
2.2    Meios consensuais de solução de conflitos no Brasil – Panorama legal e prática.....	184
3    Relato de caso. Búzios – Orla Viva: Construindo Consensos na Orla Bardot – Do mapeamento inicial do conflito ao pacto social – Projeto Orla Búzios.....	186
Considerações finais.....	188
Referências.....	190

Uma visão sistêmica do procedimento de mediação – As lições do pensamento de Maturana

<b>Patricia Dornelles Schneider</b> .....	193
1      Introdução.....	193
2      Breve evolução histórica e o conceito de teoria geral dos sistemas e pensamento sistêmico .....	194
3      As lições de Maturana .....	195
4      A mediação como procedimento estruturalmente sistêmico .....	196
5      Conclusões .....	198
Referências.....	199

Arbitragem sem precatório: celeridade do início ao fim

<b>Tamara Grillo Balassiano</b> .....	201
Introdução.....	201
1      Arbitrabilidade na Administração Pública: contexto necessário .....	203
2      Regime de precatórios judiciais: regra geral aplicável à satisfação do crédito do particular reconhecido em sentença arbitral, de cunho pecuniário, condenatória em desfavor da Administração Pública .....	209
3      Alternativas existentes à regra geral.....	216
3.1    Pagamento pela via administrativa .....	217
3.2    Pagamento garantido por fundo privado de patrimônio próprio estabelecido por lei.....	218
4      Alternativa complementar sugerida: compensação de créditos contratuais recíprocos entre o particular e a Administração Pública, por decisão do tribunal arbitral, na forma do artigo 368 do Código Civil.....	224
Conclusão.....	228
Referências .....	229

INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES .....	239
----------------------------------	-----

# 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”.<sup>1</sup> 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).<sup>2</sup> 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 being 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

---

<sup>1</sup> ADLER, Peter S. Is ADR a Social Movement? *Negotiation Journal*, v. 3, n. 1, 1987. p. 59.

<sup>2</sup> 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

O ano de 2021 pode ser considerado como de importância crucial para o desenvolvimento das soluções adequadas de conflito no Brasil. Em primeiro lugar, a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) promulgada em 23 de setembro de 1996 completou 25 (vinte e cinco) anos. Durante esse quarto de século a arbitragem doméstica desenvolveu-se a passos largos em nosso país através do desenvolvimento de instituições arbitrais sérias e da evolução doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. A lei estabelece os limites e parâmetros essenciais para o desenvolvimento da área dentro das câmaras arbitrais sempre respeitando a autonomia da vontade das partes. O Judiciário, por seu turno, vem referendando e fortalecendo a arbitragem em todas as instâncias em homenagem ao princípio legal da competência-competência (artigo 8º, parágrafo único da Lei de Arbitragem).

Em 4 de junho de 2021, o Brasil assinou a Convenção de Singapura de Mediação de 2019 que possibilita a execução de acordos de mediação nos países contratantes. Ainda resta a ratificação do Brasil que esperamos que não tarde. Na data de hoje, 17 de novembro de 2021, a Convenção já possui 55 (cinquenta e cinco) países signatários, no entanto, apenas 8 (oito) países já a ratificaram (*vide o status* da convenção em <https://www.singaporeconvention.org/jurisdictions>). O Brasil foi o 54º país a assinar a convenção sendo sucedido pela Austrália, signatária em 10 de setembro de 2021.

Em suma, a *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution (RBADR)* chega ao seu sexto número com 12 (doze) escritos dos mais variados temas. Nossa missão e responsabilidade social é a divulgação de conhecimento de qualidade dentro da área de solução de conflitos para o maior número de pessoas no Brasil e no mundo.

Agradecemos a todo nosso corpo editorial, autores e leitores.

**Gustavo da Rocha Schmidt**

Presidente do CBMA

**Daniel Brantes Ferreira**

Editor-Chefe





**DOCTRINA**

Artigos



# Cláusulas escalonadas: repercussões da mediação na arbitragem

## Ana Betina da Costa Pires Ferreira

Mestranda em Direito com ênfase em Resolução de Conflitos pela AMBRA University. Pós-Graduada em Psicologia Positiva pela PUCRS. Master Practitioner em Programação Neurolinguística pelo INAp. Facilitadora em Constelação a base do Pensamento Sistêmico/Complexo com Cornélia Bonenkamp. Presidente da Comissão de Justiça Restaurativa e Direito Sistêmico da OAB/PI, na gestão 2019/2021. Advogada trabalhista e consensual no Piauí.

---

**Resumo:** O presente trabalho de pesquisa tem por objetivo analisar a combinação de dois métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, a arbitragem e a mediação. O sistema híbrido de tratamento de controvérsias pode ser propiciado a partir da cláusula mista e escalonada (multietapas), prevista nos contratos. As cláusulas escalonadas oferecem um amplo tratamento a causas com alta complexidade que surgem ao longo da execução de contratos empresariais, viabilizando uma maior autonomia da vontade na tomada de decisão em meio a controvérsias e, assim, a manutenção do relacionamento a longo prazo, com maior adequação às reais necessidades e interesses dos envolvidos. Os benefícios da mediação no procedimento arbitral configuram-se, ainda, na celeridade do procedimento e redução de custos financeiros, quando adotadas as cautelas necessárias à previsão do sistema híbrido. A mediação tem se caracterizado como um meio de transformação e, assim, manutenção das relações de longa duração, sendo eficaz em contratos de negócios.

**Palavras-chave:** Arbitragem. Mediação. Métodos Alternativos de solução de conflitos. Cláusulas escalonadas.

**Sumário:** Introdução – 1 Cláusulas compromissórias – 2 Escopo da arbitragem e as cláusulas escalonadas – 3 Comparativo – 4 Conclusão – Referências

---

## Introdução

O Brasil vem consolidando, na última década, o fomento aos meios adequados de solução de conflitos, oportunizando a transformação das controvérsias por caminhos alternativos à jurisdição estatal. Dentro do contexto multiportas, a arbitragem se configura na única forma heterônoma de solução de disputas, em que as partes escolhem resolver os divergentes interesses que nascem na interação social por meio de um árbitro.

A arbitragem tem peculiaridades que a diferem dos demais métodos adequados, no entanto, nasce do mesmo propósito: a manifestação livre dos envolvidos

em resolver ou mesmo transformar suas relações conflituosas com soluções que atendam mais individualmente suas necessidades e tragam resultados mais eficazes. Assim, a autonomia da vontade, manifestada de forma ampla e livre, na previsão da convenção arbitral, é o alicerce da arbitragem, para assegurar o poder de escolha das partes quanto ao caminho a ser percorrido.

Para a instauração do procedimento arbitral, a expressão do querer começa com a previsão da convenção arbitral. A cláusula compromissória contém a demonstração inequívoca das partes de submeterem determinadas questões ao juízo arbitral, e pode estabelecer livremente as regras relativas ao procedimento arbitral.

Em face da experiência positiva do Tribunal Multiportas, as cláusulas compromissórias vêm inserindo as possibilidades de outros métodos adequados, como forma de disponibilizar a adequação desses meios ao contexto conflituoso. Assim, convenciona-se, neste viés, as cláusulas mistas e as cláusulas escalonadas, desenhando-se como o exercício da plena autonomia da vontade quanto às formas de solucionar dissídios na esfera privada.

O problema de pesquisa do presente artigo se configura na análise acerca da inserção da cláusula escalonada, prevendo o uso de métodos autocompositivos no procedimento arbitral. A hipótese versa sobre a mediação e outros métodos adequados de solução de conflitos propiciarem o enfrentamento de questões de ordem sociológica e superação de problemas relacionais complexos, a ponto de viabilizar respostas que mais se adequem ao contexto em que estão inseridas.

Este artigo tem por escopo geral analisar a literatura e legislação doméstica acerca da cláusula híbrida e escalonada no Brasil. São objetivos específicos deste trabalho ponderar acerca da autonomia de vontade das partes quanto à previsão de outros meios de solução de conflitos; apresentar as normas relativas à previsão das cláusulas escalonadas no Brasil; pontuar duas principais experiências internacionais quanto ao tema; discorrer sobre as vantagens e desvantagens da cláusula escalonada, e os benefícios da mediação no procedimento arbitral.

A relevância temática se deve ao crescente fortalecimento da liberdade privada quanto à utilização e configuração da arbitragem no cenário nacional, com previsão do uso de mais de um meio adequado à solução do conflito a uma mesma questão relacional. Trata-se de um recorte metodológico temático com foco no tema da utilidade da mediação na arbitragem para a construção do consenso, viabilizada por meio da previsão em cláusula escalonada ou mista. O trabalho objetiva diferenciar estas espécies de ajustes, com base na doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras.

Reflete-se se a mediação pode auxiliar na construção do entendimento nas relações interpessoais e sociais em longo prazo, quando a complexidade de determinadas questões compromete a comunicação e o relacionamento entre as partes, ensejando a necessidade de um olhar mais singular a cada conflito submetido

à arbitragem. Neste viés, a mediação teria o condão de auxiliar o procedimento arbitral na obtenção de uma solução que melhor atenda às complexidades das relações sob julgamento.

O enfoque do presente estudo abrange o propósito de fomentar mecanismos que facilitem o diálogo e o acordo entre os envolvidos numa controvérsia, configurando-se como potenciais transformadores dos conflitos e contribuindo com o modelo consensual brasileiro.

## 1 Cláusulas compromissórias

A cláusula compromissória, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, é espécie do gênero “convenção de arbitragem”, conforme artigo 3º da Lei nº 9.307/1996, Lei de Arbitragem. Assim, configura-se, juntamente com o compromisso arbitral, a “matriz deste método de solução de conflitos”.<sup>1</sup>

A arbitragem nasce de uma cláusula compromissória, quando ainda inexistente conflito, sendo estipulada dentro de um contrato com a finalidade de prever que eventuais disputas decorrentes deste contrato serão submetidas a este método heterônomo de solução de disputas. Essencialmente, esta cláusula tem caráter preventivo, na medida em que trata de acontecimentos incertos acerca do desenrolar da relação contratual.

“A cláusula pressupõe o vínculo contratual”,<sup>2</sup> no entanto, é autônoma em relação a este mesmo contrato. Assim, apesar de nascer da formalização por escrito de um negócio jurídico, não será contaminada por uma nulidade do contrato, prevalecendo a arbitragem como o meio a dirimir as controvérsias decorrentes da relação jurídica em questão. Trata-se de previsão expressa no artigo 8º da Lei de Arbitragem, que prevê a autonomia da cláusula arbitral.

Pontue-se que é requisito essencial para a validação da cláusula compromissória a estipulação por escrito (§1º, artigo 4º, da Lei), com os cuidados necessários à autêntica e livre manifestação da vontade para submissão de questões à arbitragem.

Destaca-se a importância da elaboração de uma cláusula que contemple o máximo de informações necessárias a instauração do procedimento arbitral, conforme pontuado a seguir:

Por sua vez, uma cláusula compromissória bem elaborada deve possuir as seguintes características: 1. Possuir clareza quanto a solução de

<sup>1</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação e Tribunal Multiportas*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 165.

<sup>2</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação e Tribunal Multiportas*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 166.



disputa escolhida; 2. Especificar o local da arbitragem; 3. Especificar a lei aplicável; 4. Versar sobre a qualificação exigida dos árbitros e sobre a forma de nomeação; 5. Especificar a língua que será utilizada no procedimento; 6. Afirmar se haverá confidencialidade e, em caso afirmativo, se esta será integral ou parcial; 7. Especificar o escopo de competência dos árbitros, ou seja, que questões deverão ser decididas na arbitragem.<sup>3</sup>

Essas informações acima dispostas correspondem a uma recomendação para a cláusula arbitral ser considerada *cheia*, ou seja, conter informações que viabilizem o imediato início da arbitragem. Uma cláusula de arbitragem precisa ser eficaz, apta a produzir efeitos concretos para a instauração do procedimento arbitral, sob pena de gerar prejuízos quanto ao tempo e dinheiro na determinação do procedimento ou via arbitral ou judicial.<sup>4</sup>

Na estipulação da cláusula, as partes podem convencionar livremente, estabelecendo as regras do procedimento mais pertinentes aos seus interesses, manifestando livremente sua autonomia da vontade.

## 1.1 Autonomia da vontade na estipulação das cláusulas arbitrais

A autonomia da vontade corresponde à capacidade de autodeterminação de uma pessoa, estando livre para manifestar seu querer e praticar atos e negócios jurídicos. Na arbitragem, é condição imprescindível para que um conflito seja submetido ao juízo arbitral, concedendo-lhe a força como instituto de resolução de conflitos. Conforme sintetiza Cahali:

A capacidade das partes ao firmarem a convenção é *conditio sine qua non* para a utilização da arbitragem – *arbitrabilidade subjetiva*. Capacidade, como se sabe, é a aptidão da pessoa para ser titular de um direito, e vem genericamente estabelecida pelo art. 1º, do CC/2002.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> FERREIRA, Daniel Brantes; GIOVANNINI, Cristiane Junqueira. As cláusulas multi-etapas e híbridas de solução de conflitos como solução para tempos de incertezas: algumas experiências do direito comparado. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, pp. 366-376, set./dez. 2020, p. 368.

<sup>4</sup> FERREIRA, Daniel Brantes; GIOVANNINI, Cristiane Junqueira. As cláusulas multi-etapas e híbridas de solução de conflitos como solução para tempos de incertezas: algumas experiências do direito comparado. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, pp. 366-376, set./dez. 2020.

<sup>5</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação e Tribunal Multiportas*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 143.

A autonomia privada, assim, configura-se como um dos princípios norteadores da arbitragem, em que a voluntariedade é expressa de forma clara e inequívoca, escolhendo este meio adequado de solução das disputas. A legislação brasileira apenas exige que a cláusula compromissória deve vir escrita e não viole os bons costumes e a ordem pública (artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.307/1996).

As partes têm a liberdade para prever como o procedimento arbitral irá se desenvolver, tendo como objeto de julgamento um direito patrimonial disponível, pressuposto objetivo de arbitrabilidade. Essa livre estipulação é consentânea com a autonomia privada assegurada na arbitragem e nos demais meios adequados de solução de disputas, e prestigiada em seu grau máximo.

A autonomia privada no direito contratual concede às pessoas o poder de estabelecer livremente de acordo com o sistema normativo, através de declaração de vontade, como melhor lhes convier, a disciplina de seus interesses, gerando os efeitos reconhecidos e tutelados no ordenamento jurídico, com opção, dentre outros aspectos, de contratar, ou deixar de contratar e negociar o conteúdo do contrato.<sup>6</sup>

Inclui-se dentro dessa ampla margem de manifestação o estabelecimento das cláusulas escalonadas, mistas ou híbridas, modelando o procedimento de transformação das controvérsias. Na definição acerca da competência dos árbitros, as partes podem, inclusive, decidir diferenciar quais as questões que serão abordadas na arbitragem e quais tipos de disputas irão para a jurisdição estatal. Conforme os autores Ferreira e Giovannini,<sup>7</sup> neste caso, configuram-se nas chamadas “carve-out clauses”, que prevê uma forma diferenciada e individualizada no procedimento de resolução das controvérsias.

Assim, verifica-se a ampla liberdade para estipulação do procedimento de solução das disputas, em que as partes contratantes podem prever outros mecanismos, tanto previamente à instauração do procedimento arbitral, quanto inserido no transcórre deste como uma etapa.

## 1.2 Cláusulas escalonadas e cláusulas mistas ou híbridas

As cláusulas escalonadas e as mistas ou híbridas configuram-se como alternativas às cláusulas de arbitragem, na medida em que proporcionam a resolução

<sup>6</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação e Tribunal Multiportas*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 147.

<sup>7</sup> FERREIRA, Daniel Brantes; GIOVANNINI, Cristiane Junqueira. As cláusulas multi-etapas e híbridas de solução de conflitos como solução para tempos de incertezas: algumas experiências do direito comparado. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, pp. 366-376, set./dez. 2020, p. 368.

das disputas em vários níveis, ou seja, etapas, ao combinarem diferentes procedimentos.<sup>8</sup> O objetivo primordial dessa previsão contratual é possibilitar às partes buscarem os métodos autocompositivos de resolução de conflitos, prévia ou incidentalmente ao procedimento arbitral.

As cláusulas escalonadas são também denominadas de cláusulas combinadas ou multietapas (*multi-tiered setp clauses*), uma vez que combinam procedimentos a serem cumpridos pelas partes quando do surgimento de uma disputa, e antes de eventual instauração da arbitragem. Surgindo uma controvérsia, as partes contratantes devem primeiro se submeter às tratativas descritas na cláusula e, caso o consenso não seja obtido, recorrem então ao procedimento arbitral.

Há algumas diferenças, na doutrina pesquisada, entre as cláusulas híbridas e as escalonadas. Quando a cláusula contratual, que trata da solução de conflitos,

prevê a utilização de vários mecanismos distintos é denominada de cláusula escalonada ou cláusula multi-etapas (*multi-tiered* ou *multi-step dispute resolution clause*). Já uma cláusula de solução de disputas híbrida prescreve apenas uma etapa prévia (em regra a mediação) à instauração da arbitragem (por exemplo, a cláusula med-arb).<sup>9</sup>

As cláusulas podem ser classificadas conforme as espécies de meios adequados de solução de conflitos, diante desse leque variado de procedimentos pré-arbitrais. No vértice dessa classificação, encontram-se as chamadas cláusulas híbridas, que estabelecem a utilização, pelas partes, de duas jurisdições distintas, mistas.

Dentro desse conceito mais amplo, estão inseridas as cláusulas escalonadas, que, por sua vez, podem ser subdivididas de acordo com o método inicial que deve ser conduzido previamente à arbitragem, por exemplo, as mais comuns: cláusulas MED-ARB (mediação ou conciliação previamente à arbitragem), ARB-MED (fase durante o procedimento arbitral, que é suspenso), ARB-MED-ARB (prevista no *Singapore International Mediation Center – SIMC*).

As cláusulas escalonadas, também denominadas combinadas ou *multi-tiered clauses*, preveem, portanto, que as partes podem submeter a causa a distintos mecanismos de consenso extrajudiciais, como etapas prévias à eventual arbitragem. Estas cláusulas combinam meios de solução de conflitos, como a

<sup>8</sup> TOMIC, Katarina. Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Benefits and Drawbacks, Bluebook 20th ed. 2017. *Harmonius: J. Legal & Soc. Stud. Se. Eur.* 360 (2017). ALWD 6, p. 361.

<sup>9</sup> FERREIRA, Daniel Brantes; GIOVANNINI, Cristiane Junqueira. As cláusulas multi-etapas e híbridas de solução de conflitos como solução para tempos de incertezas: algumas experiências do direito comparado. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, pp. 366-376, set./dez. 2020, p. 367.

negociação, mediação e a conciliação, de forma a mesclar caminhos diferentes na busca do tratamento amistoso da controvérsia.

Ademais, é possível prever procedimentos não apenas referentes à conciliação ou à mediação, podendo essas alternativas abrangerem a possibilidade de variados procedimentos necessários, a depender da complexidade da relação contratual. É possível mesclar métodos autocompositivos e heterocompositivos com o escalonamento gradativo, na busca da manutenção da relação.

Embora exequível em muitas jurisdições, as chamadas cláusulas híbridas devem ser previstas e elaboradas com clareza, uma vez que envolvem a autonomia em escolher a forma mais adequada, qual caminho a ser trilhado na resolução de disputa. As partes precisam concordar, de forma clara e livre, em submeter suas controvérsias acerca de direitos disponíveis a mais de um método de tratamento.

Tais cláusulas, na medida em que proporcionam diferentes mecanismos de transação entre os envolvidos em conflitos, possibilitam uma manifestação de vontade concreta voltada à efetiva resolução das contendas. Geralmente, são previstas em contexto de maior complexidade relacional, para permitir que os envolvidos busquem mecanismos autônomos de solução de controvérsias, antes de optarem pelos métodos heterônomos arbitragem ou jurisdição.<sup>10</sup>

Segundo Cahali, esta cláusula é bastante pertinente em contratos de execução continuada e de longa duração, tais como: contratos de franquia, representação continuada, grandes obras na construção civil e infraestrutura, parceria público-privada.<sup>11</sup>

Quanto à aplicabilidade da cláusula escalonada para causas de natureza complexa, Rodrigo Cunha, abordando acerca da sua origem e uso, pondera que a expansão neste novo modelo de resolução de disputas acompanhou a evolução das relações sociais e o grau de complexidade que envolve a sociedade moderna. Pontua que a cláusula arb-med configura-se numa “versão mais moderna dos meios alternativos”,<sup>12</sup> na medida em que adequado os mecanismos alternativos aos novos tipos de conflitos.

Por configurar-se na opção de realizar uma ou mais etapas dentro do procedimento de solução de conflitos, a cláusula escalonada propicia a oportunidade de restabelecer a comunicação entre os envolvidos, reequilibrar e transformar

<sup>10</sup> FERREIRA, Daniel Brantes; GIOVANNINI, Cristiane Junqueira. As cláusulas multi-etapas e híbridas de solução de conflitos como solução para tempos de incertezas: algumas experiências do direito comparado. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, pp. 366-376, set./dez. 2020, p. 368.

<sup>11</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação e Tribunal Multiportas*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 184.

<sup>12</sup> SALOMÃO, Rodrigo Cunha Mello. *Aspectos polêmicos das cláusulas escalonadas*. p. 6. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/271268/aspectos-polemicos-das-clausulas-escalonadas>. Acesso em: 12 set. 2021.

a relação para que se adéque aos reais interesses e necessidades das partes, viabilizando uma continuidade da convivência. Conforme complementa Cahali:

Ainda, muitas vezes o contrato envolve parcerias e subcontratações que podem ser abaladas pelas desavenças levadas a julgamento, com o risco de comprometer até mesmo todo o empreendimento, não só pela demora na solução (pequena em se tratando de arbitragem), mas também pelos naturais desconfortos na relação trazidos pelo conflito.<sup>13</sup>

O escalonamento pode ocorrer de formas diferentes, a depender da previsão da cláusula, ou da escolha das partes. É possível prever que a arbitragem somente seria necessária caso infrutífera a tentativa de mediação (cláusula med-arb) ou a mediação contemplar apenas parte da lide, ficando ao crivo do árbitro as questões remanescentes (cláusula arb-med). Na ocasião de ocorrer uma mediação ao longo do procedimento arbitral, ele será suspenso enquanto se desenvolve a mediação, retomando o procedimento arbitral, seja para homologação do acordo, seja para sua continuidade.

Por intermédio desta abordagem múltipla, é possível vislumbrar alguns benefícios, tais como: a preservação das relações, economia com procedimento de colheita de provas quanto a questões conciliáveis, possibilidade de contemplar os interesses mútuos em um acordo mais adequado ao contexto.

No entanto, conforme se verá adiante, é preciso adotar determinadas cautelas para que o procedimento não se torne desvantajoso, induzindo em custos de tempo e dinheiro, quando a etapa da mediação ou negociação se torne prolongada sem obtenção de resultados significativos. Para que não haja desperdício de recursos, uma cláusula escalonada precisa ser devidamente elaborada, conforme alerta Ferreira.<sup>14</sup>

## 2 Escopo da arbitragem e as cláusulas escalonadas

O escopo maior da arbitragem está na disponibilização de um meio alternativo à jurisdição estatal, de forma a propiciar o acesso amplo à ordem jurídica justa. Neste viés, coaduna-se com os demais métodos adequados, compondo o

<sup>13</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação e Tribunal Multiportas*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 184.

<sup>14</sup> FERREIRA, Daniel Brantes. *Melhores práticas na elaboração de cláusulas de solução de disputas – As convenções de arbitragem e as cláusulas escalonadas*. 2020. Disponível em: <https://www.direitoprofissional.com/elaboracao-de-clausulas-as-convencoes-de-arbitragem-e-as-clausulas-escalonadas/>. Acesso em: 10 set. 2021.

chamado Tribunal Multiportas, que disponibiliza meios a alcançar uma solução justa e razoável aos envolvidos na controvérsia.

A arbitragem configura-se em um procedimento mais custoso, na medida em que requer uma especialização dos árbitros nas temáticas contratuais e na legislação, nacional ou internacional, a ser aplicada ao caso concreto, além de outros fatores que encarecem este método. Assim, disponibilizar previamente no contrato a opção de meios autocompositivos pode propiciar vantagens aos contratantes, desde que observadas algumas cautelas essenciais, de forma a não gerar mais desvantagens.

## 2.1 Vantagens e desvantagens das cláusulas escalonadas

Nas relações de trato continuado, como as relações comerciais entre empresas, fornecedores, instituições financeiras, contratos de grande monta etc., é essencial a viabilização de mecanismos que preservem a qualidade do diálogo e da negociação entre os envolvidos, mantendo a autonomia da vontade, clareza das decisões e vantagens recíprocas aos contratantes para execução do contrato. Assim, as cláusulas escalonadas ou mistas contribuem na preservação da comunicação empresarial, inclusive em nível da alta administração.<sup>15</sup>

Diferentes disputas podem surgir ao longo da execução dos contratos, gerando uma complexidade relacional importante a ser gerida. Os métodos não adversariais, como a mediação e o método “dispute board”, propiciam soluções mais adequadas ao contexto dos envolvidos, na medida em que estes são protagonistas na escolha dos resultados mútuos que querem alcançar ao longo desse contrato. As decisões conjuntas das partes são viabilizadas por um ou mais terceiros imparciais, que facilitam a tomada de decisão clara, atendendo às reais necessidades de ambos.

Ao mesmo tempo, é preciso ter cautela com a duração das tratativas para resolução de um problema complexo, o que pode gerar maiores custos e escalonar a disputa entre os contratantes.

Alguns pontos precisam ser observados pelas partes no momento da elaboração da cláusula escalonada ou mista, sob pena de ser inócua a previsão contratual. Se não elaborada adequadamente, as cláusulas se tornam inexecutáveis, ou geram atrasos no procedimento arbitral, de forma a criar mais despesas e ampliar os danos do problema.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> TOMIC, Katarina. Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Benefits and Drawbacks, Bluebook 20th ed. 2017. *Harmonius: J. Legal & Soc. Stud. Se. Eur.* 360 (2017). ALWD 6, p. 363.

<sup>16</sup> TOMIC, Katarina. Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Benefits and Drawbacks, Bluebook 20th ed. 2017. *Harmonius: J. Legal & Soc. Stud. Se. Eur.* 360 (2017). ALWD 6, p. 365 e 366.

As obrigações decorrentes desta cláusula precisam, assim, estar bem definidas, com clareza de redação acerca da obrigatoriedade de cada etapa prévia ao procedimento arbitral, e, assim, serem exequíveis e exigíveis pelas partes contratuais. A definição expressa das etapas da resolução das disputas deve estar prevista de forma nítida e sem gerar margens a interpretações distorcidas e arbitrárias.

Outra cautela é a definição de um lapso temporal às etapas consensuais, de forma a possibilitar que não haja desgastes relacionais, agravamento das controvérsias e perda de tempo dos envolvidos. Assim, para que as negociações não demorem ou exijam muitas reuniões, é preciso prever um número limite de tentativas de diálogo e um marco temporal para o uso dos meios autocompositivos. A previsão das etapas do procedimento deve ser elaborada de forma mais detalhada, especificando a duração de cada fase, o limite temporal para viabilização de um acordo e o período para encaminhamento à arbitragem.<sup>17</sup>

Se a cláusula traz clareza acerca da sua obrigatoriedade antes da instauração da arbitragem, qualquer das partes não poderá iniciar o procedimento arbitral sem a realização da etapa prévia. Caso não haja observância, os árbitros deverão suspender o procedimento para sanar o equívoco, de forma a que sejam respeitadas as etapas acordadas. Isso pode gerar custos extras às partes, na medida em que acionaram inadequadamente os árbitros sem a cautela de observar a cláusula escalonada. Se os árbitros não respeitarem a obrigatoriedade das etapas, existe o risco de impugnação do procedimento arbitral por uma parte insatisfeita.

Importante observar que, no procedimento arbitral, há confronto na medida em que cada parte está em contraposição, trazendo à tona suas questões fáticas e jurídicas, delegando a decisão a um ou mais terceiros. Nem sempre as decisões arbitrais irão refletir os anseios das partes, uma vez que não estarão protagonizando suas decisões.

Neste aspecto, as cláusulas escalonadas podem contribuir ao oportunizar, a exemplo da negociação ou da mediação, para superação de questões de ordem social, essenciais à manutenção da relação empresarial. Demais questões mais técnicas estariam, ainda, abrangidas pela jurisdição arbitral, amplificando os efeitos de todo o procedimento de resolução de conflitos.

As cláusulas “multi-tiered” oferecem um amplo tratamento às complexas causas que surgem ao longo dos contratos, garantindo a liberdade das partes, autonomia da vontade na tomada de decisão, manutenção do relacionamento em longo prazo, maior adequação às reais necessidades e interesses dos envolvidos.

<sup>17</sup> FERREIRA, Daniel Brantes; GIOVANNINI, Cristiane Junqueira. As cláusulas multi-etapas e híbridas de solução de conflitos como solução para tempos de incertezas: algumas experiências do direito comparado. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, pp. 366-376, set./dez. 2020, p. 369.

Por fim, importante observar determinados contextos em que a conciliação, a negociação ou a mediação não conseguiriam ser frutíferas. Ou seja, nas circunstâncias em que está notório a impossibilidade de diálogo, as cláusulas podem gerar a perda de tempo e custos na tentativa de restabelecer a relação. Configura-se numa desvantagem significativa em termos de celeridade do procedimento arbitral.

### 3 Comparativo

#### 3.1 A cláusula escalonada no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a Lei de Mediação, Lei nº 13.140/2015, em seu artigo 23, prevê expressamente a cláusula compromissória de mediação, assegurando o compromisso das partes na busca deste meio consensual de solução de disputas previamente ao processo judicial ou arbitral.

A inclusão dessa possibilidade, no entanto, foi feita de maneira respeitosa a um dos princípios mais caros à Mediação, qual seja: a autonomia da vontade. Conforme bem definido nos parágrafos 1º e 2º do artigo 2º da Lei, se houver previsão contratual de Mediação as partes são obrigadas a comparecer à primeira reunião, não sendo, contudo, obrigadas a permanecer em procedimento de Mediação.<sup>18</sup>

Caso pactuada a cláusula compromissória de mediação, tratando-se de arbitragem ou processo judicial, deverá haver suspensão do correspondente processo até que seja implementada a etapa da mediação. Se uma das partes não comparecer à reunião para esta finalidade, recairá sobre ela o ônus de efetivar o pagamento correspondente a 50% (cinquenta por cento) das custas judiciais e honorários sucumbenciais, ainda que vencedora no processo judicial ou arbitral, segundo o artigo 22, §2º, inciso IV, da Lei de Mediação.<sup>19</sup>

Na estipulação da cláusula, o artigo 22, §2º, nos incisos de I a IV, prevê os requisitos mínimos a constarem no contrato, a saber: prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, a partir do recebimento do convite; local de realização desta reunião; critérios de escolha do(s) mediador(es); penalidade diante do não comparecimento. Na eventualidade da cláusula não conter de forma clara tais informações, a própria lei traz a observância de alguns

<sup>18</sup> ASSED, Alexandre Servino; DAVIDOVICH, Larissa. A nova lei de mediação: comentários e reflexões. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 385.

<sup>19</sup> ASSED, Alexandre Servino; DAVIDOVICH, Larissa. A nova lei de mediação: comentários e reflexões. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 386.



critérios: 1) prazo mínimo de 10 (dez) dias úteis e máximo de 3 (três) meses; 2) local adequado à confidencialidade; 3) lista de 5 (cinco) mediadores capacitados e critérios de escolha; 4) previsão de custas e honorários sucumbenciais diante da ausência da parte convidada à primeira reunião de mediação.

A Lei de Mediação traz a vedação expressa, em seu artigo 7º, à atuação do mediador como árbitro, no mesmo contexto procedimental, diante do princípio da confidencialidade da mediação. Os impedimentos do mediador quanto à arbitragem envolvem a atuação como árbitro ou testemunha em processos arbitrais relacionados ao conflito que mediou.

Segundo o artigo 30 de referida Lei, todas as informações trazidas durante a mediação não poderão ser reveladas sequer em procedimento arbitral ou judicial, ressalvado apenas em três situações: com o consentimento expresso das partes, ou quando a divulgação for exigida legalmente, ou necessária para o devido cumprimento do acordo objeto da mediação.

Por sua vez, a Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307/96, não faz menção à mediação, não obstante prever que o árbitro deve tentar a conciliação das partes previamente à instauração do procedimento. Na eventualidade de formatação do acordo, as partes podem solicitar ao árbitro ou tribunal arbitral que efetive a homologação do acordo por sentença arbitral, nos termos do art. 28 da Lei de Arbitragem.

Esta homologação do acordo deve observar os limites de competência estabelecidos na convenção arbitral e os requisitos obrigatórios estabelecidos no artigo 28 da Lei de Arbitragem. “O acordo poderá ser parcial, homologando-se por sentença apenas o quanto ajustado consensualmente, prosseguindo-se ao procedimento para a solução do restante do conflito”, conforme ensina Ferreira e Giovannini.<sup>20</sup>

### 3.2 Experiência estrangeira

Várias câmaras nacionais e internacionais de arbitragem vêm trazendo a previsão da mediação, seja como etapa prévia ou incidental ao procedimento arbitral. O presente artigo trará a análise breve acerca das previsões de duas jurisdições internacionais que criaram estratégias criativas e eficazes para alguns problemas na arbitragem internacional por meio de modelos híbridos: a “American Arbitration Association – AAA” (arbitragem doméstica nos Estados Unidos) e sua câmara internacional AAA-ICDR; e o Protocolo AMA do SIAC-SIMC, de Singapura.

<sup>20</sup> FERREIRA, Daniel Brantes; GIOVANNINI, Cristiane Junqueira. As cláusulas multi-etapas e híbridas de solução de conflitos como solução para tempos de incertezas: algumas experiências do direito comparado. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, pp. 366-376, set./dez. 2020, p. 370.

A AAA é uma das instituições americanas mais antigas do mundo, sendo o ICDR seu braço internacional. Em 2013, as duas câmaras instituíram, nos regulamentos de arbitragem comercial e de arbitragem no setor de construção civil, a realização de etapa obrigatória de mediação, de forma concorrente ou concomitante ao procedimento arbitral.<sup>21</sup>

Referida obrigatoriedade ocorre nos casos de disputa com valores superiores a U\$75.000 (setenta e cinco mil dólares) na arbitragem comercial, e U\$100.000 (cem mil dólares) na arbitragem do setor de construção civil. A Rule 9 e a Rule 10, que regulamentam o tema, instituem os requisitos e critérios de aplicação da mediação e arbitragem concorrentes, em que ocorrem de forma concomitante.

Podem ser apontadas algumas vantagens da concorrência dos dois métodos de solução de conflitos. A primeira é evitar que haja especulação acerca da fragilidade de provas da parte que suscita a mediação. Geralmente, há a crença que a parte que solicita um método autocompositivo está numa posição desfavorável, o que inibe as iniciativas de requerer uma negociação prévia.

Assim, com a obrigatoriedade da etapa de mediação paralelamente ao procedimento de arbitragem, facilita o amadurecimento acerca dos fatos e do contexto presentes na disputa, auxiliando na superação de questões controversas e na manutenção das relações comerciais.

Ademais, a mediação possibilita a diminuição da tensão entre as partes, e ao acontecer concomitantemente com a arbitragem, evita com que haja atrasos e protelação. As várias etapas de negociação ou mediação possibilitam gerar maior *rapport* entre as partes, propiciando a qualidade do relacionamento e a confiança mútua, tão essencial nas relações de trato continuado.

Nesta previsão, o mediador pode ser nomeado de forma célere, e se chegar a um acordo, há nítida economia de despesas com o procedimento arbitral. Caso não se chegue a um acordo, o mediador pode sugerir acordos parciais quando houver complexidade de questões, o que reduz o custo do procedimento arbitral.

A SIAC é a Câmara de Singapura com o maior volume de arbitragem da Ásia, tendo inaugurado em 2014 o SIMC – *Singapore International Mediation Centre*, ao tempo em que lançou o Protocolo AMA – *Arbitration-Mediation-Arbitration (Arb-Med-Arb)*.

O Protocolo AMA configura-se em um procedimento em que se realiza a tentativa de mediação durante o procedimento arbitral, e se resultar em acordo, este poderá ser homologado por sentença arbitral (*consente award*). Trata-se de uma

<sup>21</sup> FERREIRA, Daniel Brantes; GIOVANNINI, Cristiane Junqueira. As cláusulas multi-etapas e híbridas de solução de conflitos como solução para tempos de incertezas: algumas experiências do direito comparado. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, pp. 366-376, set./dez. 2020, p. 371.

engenhosa criação para superar alguns problemas da arbitragem e da adoção de métodos híbridos.

Um dos maiores desafios da adoção de mais de um meio adequado de solução de conflitos é a falta de celeridade quando as tratativas para um acordo prévio são infrutíferas, gerando morosidade, descrença no procedimento e desgastes econômicos e relacionais.

O protocolo prevê uma limitação temporal clara, impedindo que as partes protelem a solução indefinidamente. Institui que, ao ser instaurado o procedimento arbitral na SIAC (instituição de arbitragem internacional), automaticamente o processo é encaminhado ao SIMC (instituição de mediação internacional), que deverá findar em no máximo 8 (oito) semanas, com ou sem acordo (total ou parcial), salvo prorrogação mediante acordo entre as duas instituições.<sup>22</sup>

Obtido acordo, as partes poderão solicitar a homologação do mesmo pela SIAC, ensejando toda a segurança de uma sentença arbitral. Na eventualidade de não haver acordo, o procedimento arbitral é reiniciado automaticamente.

Com o encaminhamento do acordo para a instituição de arbitragem retira-se um dilema da mediação, a insegurança jurídica pela falta de executoriedade do termo de acordo. Configura-se, assim, a maior qualidade deste Protocolo, a exequibilidade do acordo internacionalmente, cumprindo os requisitos da Convenção de Nova York.

Outra vantagem é a segurança de que o mediador não poderá ser árbitro do processo, diante da existência das duas instituições internacionais, mantendo um princípio fundamental da mediação: a confidencialidade.

Um último benefício a ser citado é a existência de uma transição de etapas claras e bem definidas, gerando um alto grau de sinergia entre os dois métodos de resolução de disputas, com movimentação procedimental realizada pela SIAC, sendo desnecessário o impulsionamento pelas partes.

## 4 Conclusão

A mediação, assim como outros métodos autocompositivos, propicia o enfrentamento de questões de ordem sociológica, com o aprofundamento das percepções mútuas acerca do conflito e transformação da relação de maneira positiva. Por intermédio da mediação, as partes podem protagonizar soluções que mais se adéquem ao contexto complexo em que estão inseridas, o que é facilitado por um

<sup>22</sup> FERREIRA, Daniel Brantes; GIOVANNINI, Cristiane Junqueira. As cláusulas multi-etapas e híbridas de solução de conflitos como solução para tempos de incertezas: algumas experiências do direito comparado. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, pp. 366-376, set./dez. 2020, p. 373.

terceiro, que não tem o poder de fazer julgamentos, mas de facilitar e estimular a solução.

Ao passo que, na arbitragem, a decisão é tomada por um terceiro, árbitro ou tribunal arbitral, escolhido pelas próprias partes. Nesta terceirização da solução, algumas questões essenciais, para a manutenção das relações a longo prazo, podem não ser abrangidas na análise arbitral e manter as partes posicionadas no antagonismo, dificultando a execução e manutenção dos contratos comerciais.

Assim, a cláusula escalonada tem sido apontada como a melhor escolha para resolução de disputas com alta complexidade. Se adotadas as devidas cautelas de elaboração de referidas cláusulas, os benefícios de prever métodos adequados de solução de conflitos, em especial a mediação, abrangem a redução de custos e a viabilização de uma solução que mais se adéque às necessidades e aos interesses dos envolvidos.

A inserção da cláusula escalonada prevê o uso de métodos autocompositivos no procedimento arbitral, seja de forma concomitante ou em etapas, propiciando o enfrentamento de questões de ordem sociológica e superação de problemas relacionais complexos.

O ordenamento jurídico brasileiro propicia o uso das cláusulas escalonadas ou híbridas, na medida em que prevê de forma expressa a cláusula compromissória de mediação. Por meio de tal previsão, assegura o compromisso das partes na busca deste método autônomo de solução de controvérsias, previamente ao processo judicial ou arbitral.

Com o fortalecimento da autonomia privada quanto à utilização e configuração do tribunal multiportas no cenário nacional e internacional, os modelos híbridos demonstram, assim, a expansão do sistema multiportas, demonstrando o sucesso da simbiose dos meios adequados de solução de controvérsias como um caminho que melhor atenda às complexidades de relações de longa duração. A arbitragem não mais se configura no modelo mais moderno, no entanto, o encontro deste procedimento com outros gera um maior alcance ao valor justa.

---

**Abstract:** The present research aims to analyze the combination of two alternative methods of conflict resolution, arbitration and mediation. The hybrid system for handling disputes can be provided from the mixed and staggered clause (multi-step) provided for in the contracts. The multi-tiered clauses offer a broad treatment to highly complex causes that arise during the execution of business contracts, enabling greater autonomy of will in decision-making amidst controversies and, thus, the maintenance of the long-term relationship, with greater adequacy to the real needs and interests of those involved. The benefits of mediation in the arbitration procedure are also characterized by the speed of the procedure and the reduction of financial costs, when the necessary precautions are taken to foresee the hybrid system. Mediation has been characterized as a means of transformation and, thus, maintenance of long-term relationships, being effective in business contracts.

**Keywords:** Arbitration. Mediation. Alternative Dispute Resolution. Multi-tiered clauses.

---

## Referências

ASSED, Alexandre Servino; DAVIDOVICH, Larissa. A nova lei de mediação: comentários e reflexões. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 373 a 390.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação e Tribunal Multiportas*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Capítulos 4, 5, 6 e 7.

CHUA, Eunice. The Singapore Convention on Mediation and the New York Convention on Arbitration – Comparing Enforcement Mechanisms and Drawing Lessons for Asia (March 11, 2021). (2020) 16(2). *Asian International Arbitration Journal*, 113-138. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3802242> Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3802242](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3802242). Acesso em: 13 set. 2021.

FERREIRA, Daniel Brantes. *Melhores práticas na elaboração de cláusulas de solução de disputas – As convenções de arbitragem e as cláusulas escalonadas*. 2020. Disponível em: <https://www.direitoprofissional.com/elaboracao-de-clausulas-as-convencoes-de-arbitragem-e-as-clausulas-escalonadas/>. Acesso em: 10 set. 2021.

FERREIRA, Daniel Brantes; GIOVANNINI, Cristiane Junqueira. As cláusulas multi-etapas e híbridadas de solução de conflitos como solução para tempos de incertezas: algumas experiências do direito comparado. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, pp. 366-376, set./dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/n-42-as-clausulas-multi-etapas-e-hibridadas-de-solucao-de-conflitos-como-solucao-para-tempos-de-incertezas-algumas-experiencias-do-direito-comparado/>. Acesso em: 10 set. 2021.

GIMENEZ, Charlize Paula Colet. A Justiça Consensual do Tribunal Múltiplas Portas e a Política Pública Norte-Americana de Tratamento de Conflitos: contribuições ao modelo brasileiro. *R. Opin. Jur.*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 84-111, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://doi:10.12662/2447-6641oj.v15i20.p84-111.2017>. Acesso em: 30 jun. 2021.

MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. O Modelo de Tribunal Multiportas Americano e o Sistema Brasileiro de Solução de Conflitos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, vol. esp., p. 288-311, dez. 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/77524/51655>. Acesso em: 30 jun. 2021.

SALOMÃO, Rodrigo Cunha Mello. *Aspectos polêmicos das cláusulas escalonadas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/271268/aspectos-polemicos-das-clausulas-escalonadas>. Acesso em: 12 set. 2021.

TOMIC, Katarina. Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Benefits and Drawbacks, Bluebook 20th ed. 2017. *Harmonius: J. Legal & Soc. Stud. Se. Eur.* 360 (2017). ALWD 6. Disponível em: [https://www.esd-conference.com/upload/book\\_of\\_proceedings/Book\\_of\\_Proceedings\\_esdSplit2018\\_Online.pdf](https://www.esd-conference.com/upload/book_of_proceedings/Book_of_Proceedings_esdSplit2018_Online.pdf). Acesso em: 12 set. 2021.

Teresina (Piauí), 09 de novembro 2021.

---

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

FERREIRA, Ana Betina da Costa Pires. Cláusulas escalonadas: repercussões da mediação na arbitragem. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 03, n. 06, p. 21-36, jul./dez. 2021. DOI: 10.52028/rbadr.v3i6.1.

---

# O novo Tribunal do Futebol da FIFA: inovações e procedimentos

## Bichara Abidão Neto

Sócio da Bichara e Motta Advogados. Árbitro do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Membro da Academia Nacional de Direito Desportivo (ANDD). Pós-Graduado em Direito Empresarial pelo IAG Master – PUC-Rio. Delegado da Comissão de Direito Desportivo da OAB/RJ.

## Victor Eleuterio

Advogado associado na Bichara e Motta Advogados. Árbitro do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Cooordenador do Curso Prático de Arbitragem Esportiva do CBMA. Pós-Graduado em Direito Desportivo Internacional pelo *Instituto Superior de Derecho y Economía* (ISDE), na Espanha. Vice-Presidente da Comissão Jovem da Academia Nacional de Direito Desportivo (ANDDJ). Delegado da Comissão de Direito Desportivo da OAB/RJ.

---

**Resumo:** Em maio de 2021, o Congresso da FIFA aprovou a criação do chamado Tribunal do Futebol, órgão que, depois de mais de vinte anos, recebeu a missão de absorver e ampliar as atividades do histórico *Players' Status Committee* da entidade, com competência para dirimir litígios trabalhistas, comerciais e regulatórios envolvendo alguns das principais *players* do “planeta futebol”. Com o início de suas atividades, em 1º de outubro de 2021, começam a ser postas à prova as regras de competência e procedimento do novo Tribunal. Nesse contexto, o presente artigo busca apresentar e analisar os principais regras de procedimento e inovações trazidas pelo novo Tribunal do Futebol.

**Palavras-chave:** Direito desportivo. Métodos Alternativos de Resolução de Disputas. ADR. Arbitragem Esportiva. FIFA. Tribunal do Futebol.

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Do modelo PSC/DRC até o Tribunal do Futebol – 3 Jurisdição e competência – 4 Composição e funcionamento – 5 Normas gerais de procedimento – 6 O procedimento “ordinário” – 7 Instrução processual e decisões – 8 Mediação – 9 Demandas sobre o Mecanismo de Solidariedade FIFA e o *Training Compensation* – 10 Pedidos “regulatórios” – 11 Conclusão – Referências

---

## 1 Introdução

Em 21 de maio de 2021, por ocasião de seu 71º Congresso, a *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA) aprovou uma série de mudanças em seu estatuto, incluindo uma reestruturação do histórico *Players' Status Committee* (“PSC”)<sup>1</sup> e a criação do chamado “Tribunal do Futebol”.

---

<sup>1</sup> De 2001 até o início das atividades do Tribunal do Futebol, o PSC era o comitê permanente da FIFA responsável por revisar e monitorar o cumprimento do regulamento de transferências da entidade, gerenciar e supervisionar as atividades do *Dispute Resolution Chamber*, além de exercer jurisdição própria.

Após certo período de transição,<sup>2</sup> em 10 de setembro de 2021 a entidade publicou as normas de competência e procedimento do novo Tribunal, confirmando o início de suas atividades para 1<sup>a</sup> de outubro do mesmo ano e ressaltando que seu objetivo seria “consolida[r] os órgãos de resolução de litígios existentes (...) sob um mesmo guarda-chuva e simplifica[r] seus requerimentos de governança”.<sup>3</sup> Essencialmente, a reforma traz alterações no regulamento de transferências da FIFA (em inglês, *FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players* ou “FIFA RSTP”) e institui um novo regulamento de procedimentos (em inglês, *Procedural Rules Governing the Football Tribunal*).

Em linhas gerais, o Tribunal do Futebol é composto por três câmaras, o PSC,<sup>4</sup> o *Dispute Resolution Chamber* (“DRC”) e o *Agents Chamber* (“AC”), com competência para a apreciação de uma variada gama de litígios trabalhistas e comerciais de dimensão internacional, além de questões ditas “regulatórias”.

Sem pretensão de esgotar a temática, que somente ganhará contornos mais palpáveis com o avolumar da jurisprudência, o objetivo da presente obra é apresentar e analisar, brevemente, os principais procedimentos e inovações trazidas pelo novo Tribunal do Futebol.

## 2 Do modelo PSC/DRC até o Tribunal do Futebol

Em funcionamento há pouco mais de duas décadas, o sistema de resolução de litígios da FIFA é, sem dúvida, um dos pilares para o desenvolvimento do mercado de transferências e para a crescente circulação de atletas e treinadores por praticamente todas as suas 211 associações membro – uma possibilidade, no passado, difícil de se imaginar.

Para se ter ideia, de 2011 a 2020, o número anual de transferências internacionais de atletas saltou de pouco menos de 12 mil para mais de 17 mil, com apenas uma temporada de retração (2020), em razão da pandemia da Covid-19, e gastos passando de 2,85 bilhões de dólares em 2011 para 7,35 bilhões em 2019 (contra 5,63 bilhões em 2020).<sup>5</sup> Nesse período, apenas 11 das associações nacionais filiadas à FIFA não transferiram jogadores para o exterior.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Art. 74 da edição de 2021 do Estatuto da FIFA.

<sup>3</sup> Circular nº 1769, de 10 de setembro de 2021. Tradução livre e adaptação do trecho original: “the Football Tribunal consolidates the existing FIFA decision-making bodies into a single umbrella body and streamlines their governance requirements”.

<sup>4</sup> Com o Tribunal do Futebol, o PSC deixou de ser chamar “Committee” para se tornar o “Players’ Status Chamber”.

<sup>5</sup> FIFA. *Ten Years of International Transfers – A Report on International Football Transfers Worldwide (2011-2020)*. Disponível em: <https://digitalhub.fifa.com/m/5d60d57540044adb/original/FIFA-Ten-Years-International-Transfers-Report.pdf>. Acesso em: 27 out. 2021.

<sup>6</sup> Notadamente, Anguila, Bahamas, Ilhas Cook, Ilhas Virgens Britânicas, Ilhas Virgens dos EUA, Liechtenstein, Montserrat, Papua Nova Guiné, Samoa Americana, São Tomé e Príncipe e Tonga.



Em termos de resolução de controvérsias, embora a entidade máxima do futebol não publique dados antigos, sabe-se que, apenas na temporada 2020/21, o PSC, o DRC e seus respectivos subcomitês receberam um recorde de 3.986 novos litígios e 5.799 pedidos regulatórios (totalizando 9.785 novos casos), fato que ilustra tanto a sua importância como sua penetração no mercado.

Em linhas gerais, esses dois órgãos foram criados em 2001,<sup>7</sup> com o objetivo de zelar pela integridade das competições e aplicar, de maneira uniforme e barata, o então recém-nascido FIFA RSTP, publicado pela entidade após o notório caso *Bosman*<sup>8</sup> – responsável, dentre outras coisas, por extinguir o instituto do “passe”<sup>9</sup> em território europeu.

Em grande medida, o sucesso do PSC e DRC ao longo dos anos se deveu à grande segurança jurídica que aportaram ao mercado, em geral com decisões consistentes, baratas e que se fazem cumprir de maneira muito efetiva,<sup>10</sup> tudo sob escrutínio do Tribunal Arbitral do Esporte (TAS),<sup>11</sup> na Suíça.

Com o tempo, todavia, a estrutura desses órgãos passou a não mais fazer frente ao número de demandas apresentadas, fato que, agravado por uma proliferação de táticas abusivas ou protelatórias,<sup>12</sup> culminou em um significativo aumento na duração dos processos. Em janeiro de 2019, quando – segundo a FIFA – o problema atingiu o seu ápice, o número de casos com mais de um ano de atraso para julgamento chegou a aproximadamente 1.500.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Circular nº 769, de 24 de agosto de 2001.

<sup>8</sup> Decisão C-415/93 *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL* e outros v. Jean-Marc Bosman e outros, de 15/12/1995, em que, dentre outras coisas, a Corte de Justiça Europeia entendeu que o passe violaria normas de livre circulação de trabalhadores dentro do território europeu, conforme estabelecido no Tratado sobre o Funcionamento da Comunidade Europeia, de 1957 (“Tratado de Roma”).

<sup>9</sup> No Brasil, o passe se encontrava definido no art. 11 da Lei nº 6.354/76, posteriormente revogada pela Lei nº 9.615/98 (“Lei Pelé”).

<sup>10</sup> De acordo com o art. 24bis do FIFA RSTP e o art. 15 do Código Disciplinar da FIFA, o descumprimento de decisões do DRC ou do PSC (e, hoje, do Tribunal de Futebol) é passível de sanções que, em geral, variam de multa até uma proibição de contratar jogadores ou suspensão (no caso das pessoas físicas), podendo chegar, em casos graves, à perda de pontos, rebaixamento e expulsão de competições FIFA (no caso das associações nacionais).

<sup>11</sup> Por ser a FIFA uma associação de direito privado, sem quaisquer poderes delegados pelo Estado suíço, não poderiam as decisões do DRC e do PSC obstar o acesso de seus filiados à justiça, nos termos artigo 75 do Código Civil Suíço, que assim dispõe (tradução livre): “Qualquer associado pode de pleno direito contestar judicialmente, no prazo de um mês a contar de sua ciência, as decisões com as quais não concorde e que violem dispositivos legais ou estatutários”. Inicialmente, em 2001, planejava-se a constituição de um “Tribunal Arbitral do Futebol” para a revisão de decisões do PSC e do DRC (cf. Circular nº 769, de 24 de agosto de 2001), mas, diante dos altos custos e de prováveis questionamentos à sua independência, em 2002 a FIFA optou por reconhecer o TAS para tal função (cf. Circular nº 827, de 10 de dezembro de 2002) – tendo sido a última das federações internacionais membro do Comitê Olímpico Internacional (COI) a fazê-lo.

<sup>12</sup> A título de exemplo, a sentença do caso CAS 2012/A/2824 identificou esse tipo de prática como um “FIFA loan” (em português, “empréstimo da FIFA”), já que, ao protelar o pagamento de suas dívidas, determinados clubes se beneficiariam da taxa de juros aplicada nas decisões do PSC e DRC (i.e., 5% ao ano, considerada baixa em comparação a outras jurisdições).

<sup>13</sup> FIFA. *Players’ Status Department Report 2019/2020*. Disponível em: <https://digitalhub.fifa.com/m/17ae9f656721362a/original/vxrm01lmyz03ukviw1rb-pdf.pdf>. Acesso em: 26 out. 2021.



Felizmente, com a implementação ou maior uso de procedimentos expeditos para a aplicação de sanções,<sup>14</sup> a adequação de rotinas administrativas internas de seus órgãos e a adoção de ferramentas eletrônicas na condução dos processos e tomada de decisões, a FIFA foi capaz de reverter esse quadro já em junho de 2020, quando anunciou que o número de casos pendentes de julgamento há mais de quatro meses havia sido praticamente zerado.<sup>15</sup>

Nesse sentido, a criação do Tribunal do Futebol parece mirar em um incremento ainda maior dessa celeridade, dentre outras coisas, por meio da automatização ou simplificação de procedimentos, do encurtamento de prazos e do uso da mediação e outros métodos alternativos para o abreviamento das disputas.

Como se verá adiante, porém, em que pese os autores sejam grandes entusiastas do modelo FIFA/TAS e apreciem os esforços em prol de uma maior rapidez na resolução desses litígios, algumas das mudanças causam certa apreensão em usuários e operadores do sistema, já que à primeira vista parecem restringir certos direitos e garantias processuais ou simplificar em demasia regras outrora existentes.

### 3 Jurisdição e competência

Assim como os antigos PSC e DRC, o Tribunal do Futebol segue tendo jurisdição sobre atletas, treinadores, clubes, associações nacionais e agentes de partida vinculados direta ou indiretamente à FIFA, particularmente em litígios trabalhistas ou comerciais de dimensão internacional (*e.g.*, que contraponham partes de diferentes nacionalidades e/ou vinculadas a diferentes associações nacionais), além de em assuntos regulatórios.

A bem da verdade, os novos regulamentos não trazem qualquer alteração na jurisdição e competência do DRC e PSC, mesmo para questões regulatórias, já que os dois órgãos apenas reabsorveram competências anteriormente delegadas a seus subcomitês temáticos.

Em linhas gerais, o DRC manteve sua competência para o julgamento de litígios:<sup>16</sup>

- a) Envolvendo a rescisão prematura de contratos entre atletas e clubes em âmbito internacional;
- b) Laborais, de dimensão internacional, entre clubes e atletas, ressalvada a competência da justiça ordinária ou trabalhista de cada país, e

<sup>14</sup> Cf. Art. 12bis e 24bis do FIFA RSTP e art. 13 do *Rules Governing the Procedures of the Players' Status Committee and the Dispute Resolution Chamber*.

<sup>15</sup> FIFA. *Players' Status Department Report 2019/2020*, cit.

<sup>16</sup> Art. 22.1 a), b), d) e e) c/c art. 23.1 do FIFA RSTP.

desde que para tal efeito as partes não tenham elegido tribunal arbitral independente e reconhecido pela correspondente associação nacional (como, por exemplo, a CNRD<sup>17</sup>); e

- c) Envolvendo o chamado *FIFA training compensation* (art. 20 do FIFA RSTP) ou o mecanismo de solidariedade FIFA (art. 21 do FIFA RSTP) entre clubes de diferentes associações nacionais ou entre clubes vinculados a uma mesma associação, desde que, neste caso, a transferência dando azo à disputa tenha sido internacional.

Já o novo PSC tem competência para a apreciação de:

- a) Litígios trabalhistas e de dimensão internacional entre treinadores e clubes ou associações nacionais, desde que para tal efeito as partes não tenham elegido tribunal arbitral independente e reconhecido pela correspondente associação nacional;<sup>18</sup>
- b) Litígios entre clubes filiados a diferentes associações nacionais e que não sejam de competência do DRC;<sup>19</sup>
- c) Pedidos de exceção (“validation exceptions”) ou liminares, visando o registro de atletas;<sup>20</sup>
- d) Pedidos de primeiro registro ou transferência internacional de atletas maiores de 10 e menores de 18 anos de idade;<sup>21</sup>
- e) Pedidos de exceção para registro de atletas menores por clubes amadores (em inglês, *Limited Minor Exemptions* ou “LME”);<sup>22</sup>
- f) Questões atinentes à liberação de atletas para suas seleções nacionais;<sup>23</sup> e
- g) Pedidos de troca de nacionalidade esportiva.<sup>24</sup>

Assim, em termos de jurisdição e competência, a grande novidade do Tribunal do Futebol fica a cargo do AC, que, após a publicação do novo Regulamento de Agentes da FIFA (com data prevista para setembro de 2022), finalmente reincorporará esses importantes atores do “mundo da bola” – muitas vezes vilanizados injustamente – ao sistema.

No momento, porém, ainda não está claro se a competência do AC abarcará todo e qualquer tipo de litígio de dimensão internacional envolvendo agentes – o que, aos autores, parece desejável – ou se estará limitada, pelo escopo do vindouro regulamento, apenas àqueles litígios que envolvam a negociação ou

<sup>17</sup> Sigla da Câmara Nacional de Resolução de Disputas da Confederação Brasileira de Futebol (CBF).

<sup>18</sup> Art. 22.1 c) e art. 23.2 do FIFA RSTP.

<sup>19</sup> Art. 22.1 f) e art. 23.2 do FIFA RSTP.

<sup>20</sup> Anexo 3 do FIFA RSTP.

<sup>21</sup> Art. 19 do FIFA RSTP.

<sup>22</sup> Art. 19.7 do FIFA RSTP.

<sup>23</sup> Anexo 1 do FIFA RSTP.

<sup>24</sup> Capítulo III do *Regulations Governing the Application of the Statutes*.

renegociação de contratos de trabalho ou de transferência – como ocorria no passado.<sup>25</sup> Vale conferir.

## 4 Composição e funcionamento

Em termos de composição e funcionamento, o Tribunal do Futebol se estrutura de maneira semelhante ao antigo PSC e DRC, com um secretariado composto por funcionários da FIFA, responsáveis pela condução e instrução de cada processo, sob a supervisão dos Presidentes e Vice-Presidentes de cada câmara julgadora.

Os mandatos de seus membros são de quatro anos, mas não há especificação – tampouco expressa vedação – a reconduções. Na hipótese de vacância, cabe ao Conselho da FIFA nomear substituto até o fim do respectivo mandato.

Dos Presidentes e Vice-Presidentes de cada Câmara, exige-se “qualificações jurídicas” e, dos demais membros, que sejam profissionais do direito com relevante experiência no futebol.

Todos os membros devem, ademais, respeitar o estatuto e regulamentos da FIFA e a lei, revelando quaisquer circunstâncias capazes de “gerar um conflito de interesses” e se abstendo de julgar casos em que haja “qualquer dúvida legítima sobre sua imparcialidade”.

Nesse sentido, ainda que pareça haver proximidade entre este critério e o da “dúvida justificada”, presente em diretrizes de arbitragem internacional, curioso notar que apenas o título do dispositivo que regula a questão (art. 5 das regras de procedimento) menciona *independência* (“Independência e conflito de interesses”), enquanto seu texto se refere exclusivamente a *imparcialidade* e conflitos de interesse.

Sem prejuízo disso, peca também o dispositivo ao não fixar prazo para impugnação ou arguição de recusa de um membro,<sup>26</sup> estabelecendo apenas que eventual decisão sobre o tema será de competência do Presidente – um evidente retrocesso.

Em comparação com o passado, o DRC cresceu (passando de 26 para 33 membros), mas manteve sua composição paritária, com 15 membros indicados por entidades representativas dos atletas<sup>27</sup> e 15 membros indicados por associações

<sup>25</sup> A título de exemplo, na sentença CAS 2016/A/4741 entendeu-se que o antigo Comitê de Resolução de Litígios da CBF não seria competente para apreciar demanda envolvendo serviços supostamente prestados por um agente na composição de um litígio envolvendo dois clubes, já que tal atividade não estaria abarcada no escopo do antigo Regulamento de Agentes de Jogadores da FIFA.

<sup>26</sup> Pela regra antiga, o prazo para impugnação ou recusa do membro era de 5 dias.

<sup>27</sup> Em geral, essas nomeações são feitas pela *Fédération Internationale des Associations de Footballeurs Professionnels* (FIFPro).

nacionais, clubes e ligas, além de um Presidente e dois Vice-Presidentes escolhidos pelos 30 membros anteriores, dentre nomes propostos pela FIFA.

O novo PSC, por seu turno, continua não tendo um número predefinido de membros, mas, para a sua composição inicial, o Conselho da FIFA nomeou um total de 30, além de um Presidente e uma Vice, dentre nomes propostos por associações nacionais, confederações, atletas, clubes e ligas. A esse respeito, considerada a competência do PSC para litígios trabalhistas, causa estranheza que não se tenha reconhecido aos treinadores a possibilidade de indicar nomes para compor câmara – o que, certamente, pode gerar questionamentos quanto à sua independência e paridade.

Por fim, o AC será composto por um Presidente e um Vice, além de um número de membros a ser definido pelo Conselho da FIFA, dentre nomes propostos por associações nacionais, confederações, atletas, clubes, ligas e agentes.

## 5 Normas gerais de procedimento

Com relação aos procedimentos, é facultado à parte se autorrepresentar ou indicar representante (não necessariamente advogado) – que, sob a responsabilidade da própria parte, será obrigado a dizer a verdade e agir de boa-fé.<sup>28</sup>

Como implementado há alguns anos no âmbito do PSC e do DRC, a FIFA manteve a utilização de *e-mail* na maioria dos casos sob a jurisdição do Tribunal do Futebol, à exceção daqueles envolvendo o mecanismo de solidariedade FIFA, o *training compensation* e pedidos de liberação ou de exceção para o registro de atletas, que continuarão tramitando em seu sistema de transferências *on-line* (em inglês, *Transfer Matching System* ou “TMS”).<sup>29</sup>

Assim, em suas comunicações, o Tribunal utilizará, via de regra, os *e-mails* que cada parte lhe informar a cada processo ou que estiverem disponíveis no TMS. Na ausência de informações, todavia, caberá à associação nacional à qual a parte estiver vinculada intermediar essas comunicações, sob pena de sanções.

No que diz respeito aos prazos, manteve-se a contagem em dias corridos, com início no dia seguinte à notificação da parte (ou no quarto dia após o encaminhamento da notificação via associação nacional).<sup>30</sup> Infelizmente, porém, o termo final de contagem dos prazos não mais considerará o local de seu cumprimento,

<sup>28</sup> As regras de procedimento não especificam as consequências de eventual descumprimento dessa obrigação, deixando margem, por exemplo, para uma interpretação de que, havendo abusos do representante, a parte que o nomeou poderia ser sancionada.

<sup>29</sup> No futuro, porém, com a prometida implementação de uma câmara de compensação, a expectativa é que o número de casos de mecanismo de solidariedade FIFA e *training compensation* se torne marginal, já que tais pagamentos devem ser automatizados.

<sup>30</sup> Salvo prova de que a associação nacional encaminhou a respectiva comunicação antes do quarto dia.

mas apenas o domicílio da parte. Portanto, caso eventual patrono resida em cidade ou mesmo, país diferente da parte que representa (o que, por sinal, é cada vez mais comum), deverá ter atenção redobrada com questões como fuso horário, feriados e dias úteis no domicílio de seu cliente – um incompreensível e perigoso retrocesso.

## 6 O procedimento “ordinário”

Ressalvados litígios que envolvam o mecanismo de solidariedade FIFA, o *training compensation* e a liberação de atletas, a propositura de ações que contraponham dois membros filiados à FIFA deve sempre ser feita por *e-mail*. Como requisitos mínimos, a petição inicial deve conter:

- a) Nome e endereço do autor e/ou de seu(s) representante(s);
- b) Procuração específica e recente (se a parte se fizer representar);
- c) Nome e endereço do(s) réu(s);
- d) Descrição dos fatos e fundamentos jurídicos do pleito, todas as provas documentais que o autor dispuser, além da especificação de seus pedidos;
- e) Especificação de demais provas a produzir;
- f) O chamado Formulário de Registro de Conta Bancária, indicando conta bancária de titularidade do autor e devidamente assinado por ele;
- g) Data e assinatura do autor ou de seu(s) representante(s); e
- h) Eventual comprovante de pagamento das custas processuais (apenas em ações perante o PSC, se houver).

Uma vez ajuizada a ação, o secretariado do Tribunal procede, então, de ofício, a uma análise preliminar de jurisdição e admissibilidade da ação; de acordo com o regulamento, caso seja “óbvio” que o Tribunal não possui jurisdição ou que a demanda foi proposta mais de dois anos<sup>31</sup> após os fatos que lhe deram ensejo, o secretariado deve encaminhar o caso ao Presidente da câmara competente (ou, havendo dúvidas, ao Presidente do PSC) para uma decisão expedita (comparável, possivelmente, a uma sentença arbitral parcial) sobre o tema. Caso o Presidente, no entanto, discorde do secretariado, o feito prossegue, com a citação do réu.

Em casos de baixa complexidade fática ou jurídica, ou em que haja jurisprudência consolidada, o secretariado pode, no ato da citação, lançar mão de um mecanismo extremamente criativo e eficiente, há muito existente no regulamento do PSC e do DRC, mas que durante anos foi negligenciado, só passando a ser utilizado com maior frequência recentemente: a apresentação, pelo secretariado,

<sup>31</sup> De acordo com o art. 23.3 do FIFA RSTP, cessa em 2 anos a possibilidade de o Tribunal do Futebol analisar uma disputa entre seus jurisdicionados.

de proposta para a resolução imediata da demanda, sem que seja necessária a prolação de uma decisão de mérito.

Caso as partes aceitem essa proposta ou deixem de rejeitá-la expressamente, a FIFA emite, então, a chamada “carta de confirmação”, equiparada, para todos os fins, a uma decisão do Tribunal do Futebol transitada em julgado. Caso, no entanto, uma das partes rejeite a proposta, inicia-se automaticamente o prazo de defesa do réu.

Além de toda a matéria de defesa, o réu pode apresentar, em igual prazo, reconvenção. Não o fazendo, porém, entende-se preclusa a possibilidade de ajuizamento, *a posteriori*, de ação autônoma. Caso, no entanto, o réu tenha proposto essa ação autônoma antes da citação ou do início de seu prazo de defesa, os dois procedimentos são consolidados e passam a ter tramitação única.

Apresentada a defesa do réu e eventual defesa à sua reconvenção, o secretariado pode determinar, se necessário, a manifestação das partes em réplica e tréplica. Nos últimos anos, todavia, tanto o PSC como o DRC vinham relutando em conceder oportunidades de uma segunda manifestação às partes – às vezes contrariando pedidos expressos nesse sentido –, o que, obviamente, acelera a tramitação dos processos, mas é muitas vezes nocivo à sua instrução e, no limite, pode levar à interposição de recursos que talvez pudessem ser evitados. Com a criação, pois, do Tribunal do Futebol, pareceria oportuna a flexibilização dessa prática. A conferir.

## 7 Instrução processual e decisões

Durante a instrução processual, podem as partes manifestar-se e produzir provas (se necessário, traduzidas) em qualquer idioma oficial da FIFA – sendo que, se mais de um idioma for utilizado, eventual decisão será proferida em inglês.

Como regra geral, o Tribunal admitirá todo tipo de prova documental e somente realizará audiências em casos excepcionais (conforme discricionariedade do Presidente), gozando de ampla liberdade na coleta e valoração do arcabouço probatório. Além disso, as novas regras permitem que o Tribunal se baseie em provas que não tenham sido produzidas pelas partes – em especial se disponíveis ou geradas via TMS – ou determine a estas ou a terceiros que produzam provas ou apresentem informações necessárias à solução do litígio.

Uma vez concluída a instrução, as decisões do Tribunal do Futebol são proferidas por maioria simples de votos. Na hipótese de empate, o Presidente de cada painel julgador tem o voto de minerva.

Cabe decisão monocrática, via de regra, em todo caso perante o PSC e o AC, salvo matérias juridicamente complexas, que devem ser submetidas a, no mínimo, um painel de dois membros, mais o Presidente ou Vice-Presidente da respectiva

câmara. No DRC, pode haver decisão monocrática sempre que o valor em disputa for inferior a 200 mil dólares. A partir de 200 mil, ou em casos complexos juridicamente, a questão deve ser submetida a, no mínimo, um painel de três julgadores, igualmente presididos pelo Presidente ou um dos Vice-Presidentes do DRC.

Salvo quando determinam a imposição imediata de sanções esportivas, as decisões do Tribunal do Futebol são, via de regra, comunicadas sem fundamentação, fixando, em seu dispositivo, o valor final e a distribuição de eventuais custas processuais (se houver), de acordo com o grau de êxito e conduta das partes durante o processo. Não obstante, eventuais custas apenas serão devidas se a parte requerer ou a decisão já vier acompanhada de seus fundamentos. Processos que envolvam ao menos uma pessoa física são isentos de custas.

Notificado apenas o dispositivo da decisão, o trânsito em julgado ocorre em 10 dias corridos, a não ser que uma das partes requeira a comunicação de seus fundamentos e, neste mesmo prazo,<sup>32</sup> efetue o pagamento de sua parcela das custas processuais. Em qualquer caso, o prazo de 21 dias para recurso ao TAS somente se inicia com a notificação dos fundamentos da decisão.

Óbvios erros materiais ou de procedimento podem ser corrigidos de ofício ou mediante provocação, o que interrompe o prazo para que a parte requeira fundamentos ou, se já os tiver recebido, recorra da decisão. Inexiste, todavia, previsão quanto ao prazo para apresentação dessa espécie de “embargos de declaração” – o que sugere, no limiar, que devam ser apresentados, conforme o caso, até o fim do prazo de recurso ou do prazo para solicitação de fundamentos.

Como já vinha sendo feito nos últimos anos, todas decisões do Tribunal do Futebol e, em recurso, do TAS são passíveis de publicação no sítio de *internet* da FIFA. Em até 5 dias, porém, do recebimento dos fundamentos de uma decisão, pode a parte requerer a supressão ou anonimização de informações sigilosas. Decisões envolvendo menores de 18 anos sempre são anonimizadas e/ou têm informações suprimidas, de modo a preservar a identidade da criança ou adolescente.

## 8 Mediação

A qualquer momento durante o procedimento, poderá o Presidente da câmara competente propor às partes que se submetam a procedimento de mediação – que será gratuito e conduzido de acordo com os princípios gerais da mediação do TAS.

<sup>32</sup> A exigência de pagamento de custas antes da comunicação dos fundamentos de uma decisão foi introduzida pela FIFA na edição de 2019 do regulamento dos antigos PSC e DRC. Anteriormente, porém, este prazo era de 20 dias, contados da notificação do dispositivo da decisão.

Com esse fulcro, em 28 de setembro 2021 a FIFA publicou a Circular nº 1770, informando requisitos e convidando eventuais interessados a se cadastrarem para uma futura lista de mediadores do Tribunal.

O que poucos sabem é que mediação já havia sido utilizada pela FIFA nos primórdios do PSC e do DRC,<sup>33</sup> mas acabou excluída de seus regulamentos por muitos anos e, talvez por uma questão cultural, vinha sendo pouco explorada no âmbito do TAS.

Agora, contudo, além da mediação no Tribunal do Futebol ser gratuita, eventuais acordos serão homologados pela FIFA – equiparando-se, assim, a verdadeiras decisões de mérito transitadas em julgado – o que, somado à Convenção das Nações Unidas sobre Acordos Comerciais Internacionais resultantes de Mediação (a chamada “Convenção de Singapura”), representa um significativo avanço em termos de efetividade e um marcante incentivo para o instituto. O cenário é animador.

## 9 Demandas sobre o Mecanismo de Solidariedade FIFA e o *Training Compensation*

Como dito anteriormente, ações envolvendo o mecanismo de solidariedade FIFA e o *training compensation* devem ser propostas via TMS. Nada obstante, salvo alguns documentos obrigatórios, os requisitos mínimos da petição inicial são semelhantes aos de uma ação “ordinária” perante o Tribunal do Futebol, isto é:

- a) Nome e endereço de notificação do autor e/ou de seu(s) representante(s);
- b) Procuração específica e recente (se a parte se fizer representar);
- c) Descrição dos fatos e fundamentos jurídicos do pleito, todas as provas documentais que o autor dispuser, além da especificação de seus pedidos;
- d) Especificação de demais provas a produzir;
- e) Formulário de Registro de Conta Bancária, indicando conta bancária de titularidade do autor e devidamente assinado por ele;
- f) O passaporte esportivo do atleta;
- g) Confirmação, pela associação nacional emitente do passaporte, das datas de início e fim da temporada esportiva no respectivo país; e
- h) Caso o autor seja associação nacional, comprovação de que o clube originariamente legitimado a receber a verba tenha perdido sua filiação ou deixado de existir.

Especificamente nas cobranças do mecanismo de solidariedade FIFA, o autor deve informar, ainda, entre que clubes o atleta se transferiu, a data e os valores

<sup>33</sup> Circular nº 769, de 24 de agosto de 2001, item 7 e).



envolvidos na transferência (caso os possua) e o percentual de contribuição de solidariedade pleiteado.

Em demandas de *training compensation*, exige-se que o autor informe também a categoria dos clubes envolvidos, a data do primeiro registro ou transferência do atleta e, se for o caso, comprove que apresentou ao mesmo proposta de contrato de trabalho.

Ressalvadas essas pequenas nuances, todas as demais regras do procedimento “ordinário” (art. 19 a 26 das regras de procedimento do Tribunal do Futebol) se aplicam às demandas envolvendo o mecanismo de solidariedade FIFA e o *training compensation*.

## 10 Pedidos “regulatórios”

Em linhas gerais, como explicitado acima, o PSC tem competência para apreciar:

- a) Pedidos de primeiro registro ou transferência internacional de atletas maiores de 10 e menores de 18 anos de idade;
- b) Pedidos de LME;
- c) Pedidos de liberação e exceção para o registro de atletas;
- d) Pedidos de troca de nacionalidade esportiva; e
- e) Questões envolvendo a liberação de atletas para seleções nacionais.

Dentre esses cinco temas regulatórios, os três primeiros devem ser submetidos via TMS e os dois últimos, por *e-mail*, assegurado, conforme o caso, o contraditório às outras partes e/ou eventuais terceiros interessados – salvo na transferência internacional de menores por razões humanitárias, em que, por uma questão de segurança, a associação nacional de onde o atleta provém não é sequer informada sobre o pedido.

Além disso, vale notar que os pedidos regulatórios devem ser, em geral, decididos monocraticamente, salvo em casos complexos ou que envolvam circunstâncias excepcionais, quando ficam a cargo de um painel de três julgadores.

À parte disso, demais regras existentes sobre esses pedidos regulatórios têm natureza material – e não processual – e, por isso, não serão analisadas na presente obra. Em todo caso, recomenda-se ao leitor que queira se aprofundar no tema que consulte os diversos guias e manuais publicados pela FIFA, além das regras contidas em seu estatuto e no FIFA RSTP sobre cada tipo de pedido.

## 11 Conclusão

Em linhas gerais, embora a criação do Tribunal do Futebol não tenha alterado a essência do sistema de resolução de litígios da FIFA, notam-se significativos

avanços em termos de segurança jurídica (por exemplo, com a homologação de acordos de mediação e a reincorporação dos agentes como jurisdicionados) e celeridade (por exemplo, com o encurtamento de prazos e diversos gatilhos para abreviação dos litígios).

Acreditamos que as alterações implementadas permitirão à entidade máxima do futebol seguir entregando, como nos últimos anos, decisões finais e fundamentadas em prazos razoáveis, inferiores a um ano, atendendo de maneira efetiva aos anseios do dinâmico mercado de transferências mundial. Ao fazê-lo, porém, é importante que o Tribunal do Futebol não deixe de respeitar e salvaguardar direitos processuais, nem limite ou padronize em demasia a instrução de seus processos, mantendo-se atento às nuances de cada caso concreto, sob pena de reduzir a qualidade de seus julgados e afetar justamente quem mais precisa desse sistema – *i.e.*, atletas, treinadores e outras pessoas físicas, os quais, muitas vezes, não têm condições financeiras de acessar o TAS.

Esperamos, ademais, que a mediação seja bem utilizada e que a cultura do consenso se desenvolva de maneira mais ampla na comunidade esportiva – já que além de reduzir custos encurta prazos.

Avizinhando-se o fim da pandemia, o Tribunal do Futebol certamente terá um importante papel na recuperação do mercado e em toda evolução que se pode esperar para o futebol nos próximos anos. Seguiremos torcendo e lutando por isso.

---

**Abstract:** In May 2021, the FIFA Congress approved the creation of the so-called Football Tribunal, a body which after more than twenty years was tasked with the mission of absorbing and expanding the activities of the historical FIFA Players' Status Committee, with jurisdiction to resolve employment-related, commercial and regulatory disputes involving some of the main stakeholders in the football world. With the opening of its activities on 1<sup>st</sup> October 2021, the rules governing the competence and procedures of the new Tribunal start to be tested. In this context, the present article aims to present and analyse the main rules of procedure and novelties brought by the Football Tribunal.

**Keywords:** Sports law. Alternative Dispute Resolution. ADR. Sports Arbitration. FIFA. Football Tribunal.

---

## Referências

FIFA. *FIFA Football Tribunal set to enter into operation*. Disponível em: <https://www.fifa.com/news/fifa-football-tribunal-set-to-enter-into-operation>. Acesso em: 25 out. 2021.

FIFA. *Ten Years of International Transfers – A Report on International Football Transfers Worldwide (2011-2020)*. Disponível em: <https://digitalhub.fifa.com/m/5d60d57540044adb/original/FIFA-Ten-Years-International-Transfers-Report.pdf>. Acesso em: 27 out. 2021.

FOOTBALL LEGAL. *Decisions of the 71<sup>st</sup> FIFA Congress*. Disponível em: <https://www.football-legal.com/content/decisions-of-the-71st-nbsp-fifa-congress>. Acesso em: 25 out. 2021.

MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. A Arbitragem no Direito Desportivo: a Câmara de Resolução de Disputas da FIFA e o Tribunal Arbitral do Esporte. *In: MACHADO, Rubens Approbato et alii.* (Coord.). *Curso de Direito Desportivo Sistemico*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, Leonardo Andreotti Paulo de; Kleiner, Jan. The Jurisdiction of the FIFA Dispute Resolution Chamber vis-à-vis the Jurisdiction of National Dispute Resolution Bodies. *In: OLIVEIRA, Leonardo Andreotti Paulo de (Org.). Direito do Trabalho e Desporto*. Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. II, p. 231-241.

PLAYERS' STATUS DEPARTMENT REPORT. 2019/2020. Disponível em: <https://digitalhub.fifa.com/m/17ae9f656721362a/original/vxrm01lmyz03ukviw1rb-pdf.pdf>. Acesso em: 26 out. 2021.

SOUSA, Pedro Henrique Bandeira. *The Arbitral Nature of the Dispute Resolution Chamber – Discussion on the necessary requirements for the decisions of the FIFA Dispute Resolution Chamber to be recognized as arbitration awards*. Master dissertation in Transnational Law. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2018.

WEGER, Frans de. *The Jurisprudence of the FIFA Dispute Resolution Chamber*. 2<sup>nd</sup> edition. TMC Asser Press: The Hague, 2015.

---

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

ABIDÃO NETO, Bichara; ELEUTERIO, Victor. O novo Tribunal do Futebol da FIFA: inovações e procedimentos. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 03, n. 06, p. 37-50, jul./dez. 2021. DOI: 10.52028/rbadr.v3i6.2.

---

# Limitação da cognição da impugnação ao cumprimento de sentença arbitral estrangeira homologada

**Danielli Farias Rabelo Leitão Rodrigues**

Mestranda em Solução de Conflitos pela *Ambra University* (Orlando-FL, EUA). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal da Bahia. Ex-Professora de Direito Civil do Instituto Mantenedor de Ensino Superior da Bahia. Juíza Federal.

---

**Resumo:** O presente trabalho apresenta o percurso pelo qual a sentença arbitral estrangeira precisa percorrer para ser reconhecida e executada no Brasil. O Brasil é país signatário da Convenção Internacional de Nova Iorque de 1958, diploma que trata do reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira, tendo a ratificado em 2002. O reconhecimento da sentença arbitral estrangeira no Brasil se dá após processo de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante regramento que será comentado no presente artigo. O Juízo homologante realiza juízo de delibação, decidindo aspectos de validade do procedimento e título estrangeiro, não se admitindo, regra geral, análise do mérito arbitrado. Uma vez homologada a sentença arbitral estrangeira, sua execução dá-se por meio de um pedido de cumprimento de sentença, perante a Justiça Federal de primeira instância, instruído por carta de sentença. Nos cumprimentos de sentenças nacionais, o executado possui limitação das matérias de defesa oponíveis. No presente trabalho verificaremos se há ampliação nessa restrição à defesa do executado, por se tratar de um cumprimento de sentença arbitral estrangeira homologada, no qual a validade do título e do processo arbitral que o originou já foi analisada e decidida pelo Superior Tribunal de Justiça.

**Palavras-chave:** Sentença arbitral estrangeira. Homologação. Juízo de delibação. Cumprimento de sentença. Impugnação.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** Homologação de decisão estrangeira arbitral – **3** Execução de decisão estrangeira arbitral homologada – **4** Matérias de defesa cognoscíveis pelo juízo do cumprimento de sentença arbitral estrangeira – **5** Conclusão – Referências

---

## 1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo perpassar o caminho que deve ser percorrido para que a sentença<sup>1</sup> arbitral estrangeira seja reconhecida no Brasil,

---

<sup>1</sup> Optamos por fazer uso do termo “sentença” ao longo do presente trabalho, tendo em vista que a imensa maioria dos pedidos de homologação de provimentos arbitrais estrangeiros a tenham como objeto, não obstante seja possível pretensão homologatória de qualquer tipo de provimento jurisdicional de cunho decisório. Destacamos que esse também foi o termo escolhido na redação da Convenção de Nova Iorque de 1958.

analisando pormenores do processo de execução do título alienígena pelo Poder Judiciário nacional, bem como possível limitação das arguições de defesa pelo executado no processo de cumprimento de sentença.

O reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras são os objetos da Convenção de Nova Iorque de 1958 (CNI), ratificada pelo Brasil em 2002. Para que tenha efeito cogente no território nacional, a sentença estrangeira arbitral necessita ser homologada e, posteriormente, ser objeto de execução perante a justiça comum.

Inicialmente, abordaremos os estágios necessários para liberação da eficácia da sentença estrangeira arbitral no país, desde o seu reconhecimento jurídico internamente (processo de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ) até a execução das obrigações estabelecidas em seu título (processo de execução ou cumprimento de sentença perante a Justiça Federal de 1ª Instância).

Durante o processo de homologação de sentença estrangeira arbitral o Superior Tribunal de Justiça realiza juízo de deliberação moderado, por meio do qual verifica aspectos formais de sua validade e, tangencialmente, sua compatibilidade com princípios informadores do Ordenamento Jurídico nacional. De acordo com firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, uma sentença arbitral formalmente perfeita, não pode ter seu mérito revisto pelo Poder Judiciário.

A sentença arbitral estrangeira homologada é considerada título executivo judicial, sendo executada conforme regras gerais do cumprimento de sentença estabelecidas no Código de Processo Civil.

O diploma processual prevê que o executado poderá opor-se ao pedido de cumprimento de sentença alegando matérias afetas à validade dos atos executivos em si, e também matérias de fundo ou de mérito que infirmem a própria validade do título ou do processo do qual foi originado.

Pretendemos verificar no presente trabalho se todas as matérias oponíveis pelos executados nos cumprimentos de sentença em geral também o são quando o título judicial em questão se tratar de uma sentença arbitral estrangeira homologada.

Em outras palavras, considerando que ao homologar a sentença arbitral estrangeira o STJ reconhece a validade do título e do processo arbitral, é possível afirmar que o âmbito de defesa do executado é mais restrito do que o seria se estivesse apresentando impugnação ao cumprimento de uma sentença nacional?

Para os cumprimentos de sentença em geral, como se está diante de um título executivo judicial, formado após um processo de conhecimento conduzido pelo próprio Poder Judiciário, as matérias de defesa do executado são restritas, não podendo haver a revisitação do objeto julgado. As matérias que podem ser oponíveis por impugnação ao cumprimento de sentença visam atacar a nulidade do processo de conhecimento ou nulidade dos atos executivos.

Tendo em vista que o título que será executado foi oriundo de arbitragem internacional, sua execução depende de um procedimento de homologação, no qual requisitos de validade já foram analisados. Resta saber se, nessa hipótese, dever-se-á admitir o mesmo leque de matérias oponíveis por meio da impugnação ao cumprimento de sentença nacional, ou se tal circunstância limita a defesa do executado.

Para essa verificação faremos uma revisão bibliográfica sobre o tema, destacando julgados do Superior Tribunal de Justiça ao longo do texto, ou em notas de rodapé, quando pertinente.

## 2 Homologação de decisão estrangeira arbitral

Consoante dicção do parágrafo único do artigo 34 da Lei de Arbitragem (LARb), sentença arbitral estrangeira é aquela proferida fora do território nacional, sendo irrelevante para essa caracterização a nacionalidade das partes, dos árbitros ou mesmo do direito aplicado para solucionar o litígio.

Segundo ensina Cahali, quanto às fontes do direito (2020, p. RB-15.4), “pode-se dizer que a normativa aplicável ao processo de homologação de sentença arbitral estrangeira é a Convenção de Nova Iorque de 1958, a Lei de Arbitragem brasileira, os arts. 960 a 965 do CPC/2015 e o Regimento Interno do STJ (arts. 216-A a 216-X)”.

A Emenda Constitucional nº 45/03 transferiu do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar, originariamente, o pedido de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. Para ser reconhecida e executada no Brasil, a sentença estrangeira arbitral depende dessa homologação pelo STJ.<sup>2,3</sup>

<sup>2</sup> Segundo Barbosa (2016, p. 142): “Nesse caminho festejado da arbitragem no Brasil, o STF processou e julgou pedidos de homologação de sentença arbitral estrangeira por oito anos e se posicionou sobre alguns importantes assuntos, como a desnecessidade de citação por carta rogatória, impossibilidade de reanálise do mérito e possibilidade de se homologar sentenças estrangeiras ainda que corram outras ações no Brasil ou ações de nulidade no exterior. Com a EC 45, a competência e missão de processar e julgar a ‘homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias’ foi entregue ao STJ. Com essa mudança, o STJ seguiu muitas orientações da Suprema Corte, consolidando entendimentos, mas também teve a oportunidade de decidir novos assuntos.

Todos os temas levados à discussão passam por assuntos sensíveis que vão desde questões formais e processuais a interpretações legais que impacta, diretamente a aplicação do instituto da arbitragem no país. Num apanhado geral, pode-se dizer que ao decidir as Sentenças Estrangeiras Contestadas (SECs), o STF e o STJ contribuíram para que o Brasil fosse considerado hoje um local internacionalmente aceito para arbitragem”.

<sup>3</sup> Assim decidiu o STJ: “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DECORRENTES DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS PENDENTES DE HOMOLOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 483 do Código de Processo Civil de 1973, a sentença proferida por autoridade estrangeira somente terá eficácia no Brasil após sua homologação. Antes disso, no entanto, porque ainda não incorporada ao ordenamento jurídico nacional, será inexecutável. 2. A homologação da sentença estrangeira constitui ato formal de recepção, pelo direito pátrio, da decisão emanada de estado ou ente

No processo de reconhecimento da sentença estrangeira arbitral, o STJ realiza juízo de mera delibação, analisando validade formal do título e, apenas tangencialmente, verificando se o mérito ofende pressupostos éticos informadores da ordem jurídica nacional.<sup>4</sup> A esse respeito esclarece Valério (2010, p. 68):

A homologação é, assim, o trâmite processual por meio do qual a justiça togada exerce controle sobre alguns dos elementos e dos aspectos da sentença estrangeira, seja ela arbitral ou estatal, para obter uma declaração no sentido de que a decisão goza das condições exigidas pela lei interna ou tratado internacional aplicável para ser executada. Cumpre frisar que ela não implica uma análise de mérito, mas apenas uma avaliação de requisitos meramente formais.

O pedido de homologação da sentença estrangeira arbitral será veiculado por meio de uma petição dirigida ao Presidente do STJ, devendo observar os requisitos da petição inicial estabelecidos no CPC<sup>5</sup> e ser instruída com cópia da decisão homologanda e com documentos essenciais do processo arbitral, dentre os quais a convenção de arbitragem, traduzidos por tradutor oficial ou juramentado no Brasil e chancelados pela autoridade consular brasileira.<sup>6</sup>

Verificado que a petição inicial não preenche os requisitos legais ou que não se encontra instruída com todos os documentos indispensáveis, o requerente será intimado para emendá-la, em prazo a ser assinalado pelo Presidente do

---

equivalente estrangeiro, revestindo-se de caráter eminentemente constitutivo. Conforme ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgamentos, a eficácia do ato judicial alienígena condiciona-se à 'prévia formulação de um juízo positivo de delibação' (SE 6069/FR). 3. Portanto, antes do processamento do pedido de homologação, por meio do qual se dará a nacionalização do ato decisório estrangeiro, este não terá efeitos jurídicos no país. 4. Agravo interno não provido". (AgInt no AREsp 753.169/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/06/2017, *DJe* 20/06/2017).

<sup>4</sup> Nesse sentido: "AGRAVO INTERNO. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA PROFERIDA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DE MATÉRIA DE MÉRITO EM SEDE HOMOLOGATÓRIA.

1. O sistema judicial brasileiro, no que tange à homologação de decisão estrangeira, observa, via de regra, os requisitos puramente formais do processo, sendo vedado o exame de questões de mérito ou que redundem em sua efetiva análise. Precedentes. 2. No caso, as alegações do agravante referem-se à suposta falsidade das assinaturas no contrato de prestação de serviços, à ausência de manifestação de vontade de um dos requeridos e à sua responsabilidade solidária, o que importa de forma direta ou reflexa o inequívoco incursão no *meritum causae*. O mesmo se diga em relação à suposta falsidade das assinaturas dos requeridos no contrato de prestação de serviços advocatícios celebrado com a parte requerente, sendo certo que tais questões encontram-se indissolúvelmente vinculadas à apuração de nulidade contratual (e, por conseguinte, ao direito material tratado na avença), não podendo ser aferidas em sede de homologação de sentença estrangeira. 3. Agravo interno não provido". (AgInt na SEC 15.273/EX, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 25/08/2020, *DJe* 02/09/2020).

<sup>5</sup> "Art. 319. A petição inicial indicará: I – o juízo a que é dirigida; II – os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV – o pedido com as suas especificações; V – o valor da causa; VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII – a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação."

<sup>6</sup> Artigo IV da CNI e art. 37 da LArb.

STJ, sob pena de arquivamento.<sup>7</sup> O arquivamento do pedido de homologação por vício formal não obsta a que o interessado renove o pedido, demonstrando que o problema foi solucionado.<sup>8</sup>

Antes mesmo de determinar a citação da parte contrária, o Presidente do STJ realizará juízo preliminar de adequação do objeto da arbitragem alienígena com a ordem pública nacional, bem como com os critérios de arbitrabilidade segundo a lei brasileira, podendo denegar de ofício o pleito homologatório (artigo V.2. da CNI), como será melhor visto a seguir.

Preenchidos os requisitos legais será determinada a citação da parte contrária para contestar a pretensão homologatória, no prazo de 15 dias. Apresentada contestação pela parte requerida, o pleito de homologação será distribuído a um relator, integrante da Corte Especial do STJ, responsável a partir daí pelos atos de andamento e instrução do processo.

Em sua contestação a parte requerida poderá alegar vícios formais do próprio processo de homologação (vícios da petição inicial, não juntada de documentos indispensáveis ou sem autenticação, conforme artigo IV da CNI) ou aspectos relativos à validade do processo arbitral que impediriam ser a sentença reconhecida ou executada no país (artigo V da CNI).<sup>9</sup>

Dentre as hipóteses do artigo V da CNI, a doutrina especializada aponta que apenas as do item 2<sup>10</sup> podem ser reconhecidas de ofício pelo STJ; as do item 1<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Artigo 216-E do RISTJ.

<sup>8</sup> Artigo 40 da LArb.

<sup>9</sup> Observação importante faz Salles (2020, p. 314) sobre o resultado da arbitragem, cuja aplicação à sentença arbitral estrangeira entendemos cabível: “Ocorre que as partes ao optarem pela a arbitragem, firmando a respectiva convenção, escolhem uma modalidade jurisdicional com possibilidades futuras significativamente menores de impugnação à sentença. Assim, deixam vícios graves, que podem estar presentes na sentença arbitral, de fora da possibilidade de impugnação. A parte, nessa condição, arca com o risco de sua escolha, pois a sentença arbitral se estabilizará mesmo com esses vícios”.

<sup>10</sup> “Artigo V

[...]

2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou  
b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.”

<sup>11</sup> “Artigo V

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou

b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou

c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem



dependem de alegação e prova pela parte requerida, de maneira que, em não o fazendo, os eventuais vícios do processo arbitral ou da sentença devem ser tidos por convalidados.

Nesse sentido afirma Abbud (2021, p. RB-13.7) que os requisitos legais podem ser divididos em dois grupos: no primeiro estão as exceções que são aquelas que podem ser conhecidas por iniciativa da parte interessada, a qual tem o ônus de alegar e demonstrar o óbice ao reconhecimento (artigo V.1. da CNI e artigo 38 da LArb); no segundo estão as objeções, que são os requisitos que podem ser reconhecidos de ofício pelo juízo homologante, mais precisamente a ofensa à ordem pública e o caráter não arbitrável do litígio (artigo V.2. da CNI e artigo 39 da LArb).

Ainda, segundo Carreira Alvim (2004, p. 176), comentando os artigos da Lei de Arbitragem, correlatos ao artigo 5.1 e V.2. da CNI (a obra é anterior à EC 45, daí a referência ao STF), as hipóteses do artigo 38 atendem ao interesse da parte, devendo ser demonstradas e alegadas pelo réu. As hipóteses do artigo 39, por sua vez, são de interesse público, podendo ser reconhecidas de ofício pelo juiz da homologação, independentemente de alegação.

Relevante o apontamento realizado por Ellen Gracie Northfleet (2011, volume 5, capítulo III, item 29) no sentido de que “persistem dúvidas a respeito do caráter discricionário ou vinculado da recusa de reconhecimento nos casos previstos pelo art. V da Convenção”.

Pela pesquisa jurisprudencial que fizemos, percebemos que a jurisprudência do STJ, porém, inclina-se pela necessidade de o juízo homologante debruçar-se sobre as matérias veiculadas nos artigos 963, 964 e 965, todos do CPC, além do disposto nos artigos 216-C, 216-D e 216-F do RISTJ, independentemente de alegação. O requerente do pedido de homologação, portanto, deve demonstrar tais aspectos para que tenha sucesso no pleito de reconhecimento.<sup>12</sup>

Diante da importância do tema e da vasta discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito, importante traçar algumas linhas sobre a ofensa à ordem pública,

---

puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou  
d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou  
e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.”

<sup>12</sup> Segundo Araújo e Almeida (2017, p. 711): “somente será aplicável o CPC/2015 no tocante aos aspectos procedimentais da ação de homologação de decisão estrangeira, que não sejam regulados por tratado internacional ou pela lei especial. Nos aspectos em que o tratado internacional – ou, no silêncio ou inaplicabilidade deste, a Lei 9.307/96 – contiver *algum* regramento específico, seja igual ou diferente, seja mais ou menos extenso, seja mais ou menos rigoroso, as normas gerais sobre homologação de decisão estrangeira do CPC/2015 simplesmente não se aplicam”.

situação que impede o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira e que deve, inclusive, ser conhecida de ofício pelo juízo homologante (artigo V.2. da CNI).<sup>13</sup>

O conceito de ordem pública é multifacetário e sua delimitação, pelo menos para fins de homologação de sentença estrangeira, incluindo a arbitral, é de extrema relevância, já que apenas tangencialmente o juízo homologante adentrará no mérito do julgado. Para esse tipo de processo, o STJ vem estabelecendo parâmetros para interpretação do princípio, indicando as regras que devem ser consideradas para verificar se houve violação da ordem pública nacional.

Do inteiro teor do voto do Ministro Rel. José Delgado no SEC 802/US, colhe-se que foram consideradas como normas de ordem pública as constitucionais, as processuais, as administrativas, as penais, as de organização judiciária, as fiscais, as de polícia, as que protegem os incapazes, as que tratam de organização de família, as que estabelecem condições e formalidades para certos atos e as de organização econômica.<sup>14 15</sup>

Aprofundando a abrangência do conceito de ordem pública para fins de homologação de sentença arbitral estrangeira, Vera Cecília Monteiro de Barros (2013, p. 126), em sua prestigiada dissertação de mestrado, defende que:

Usando o mesmo raciocínio no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, que é o objeto deste estudo, pode-se ousar dizendo que somente eventual violação da ordem pública de direção (que protege o interesse público) não poderia ser afastada quando do reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira. Entretanto, eventual violação da ordem pública de proteção, que engloba disposições de proteção as quais os protegidos eventualmente optam por renunciar, pode ser relevada, desde que a sentença não contrarie os grandes princípios e os valores e direitos considerados fundamentais.

<sup>13</sup> Para além da ordem pública, o RISTJ dispõe que a ofensa à soberania nacional e aos direitos fundamentais também impedem a homologação da sentença estrangeira arbitral (artigo 216-F).

<sup>14</sup> No voto o Ministro Relator esclarece que a lista foi construída com o apoio doutrinário da professora Maria Helena Diniz, com participação de Serpa Lopes.

<sup>15</sup> Atente-se para a ressalva trazida por Vincenzi e Machado (2009): “Com relação às sentenças arbitrais, é preciso, porém, considerar que no procedimento arbitral as partes têm a faculdade de eleger o direito material aplicável e isto altera a perspectiva de análise da questão.

Com efeito, considerando que a arbitralidade objetiva (ou seja, os litígios que poderão ser objeto de arbitragem) compreende apenas direitos patrimoniais disponíveis, não parece correto dizer que a sentença arbitral estrangeira deverá guardar respeito a regras infraconstitucionais de direito material para que seja homologada no Brasil.

No entanto, no que diz respeito às regras processuais destinadas ao resguardo de direitos fundamentais, tais como a ampla defesa e o contraditório, mesmo sendo tais normas infraconstitucionais, deverão ser respeitadas no procedimento arbitral, caso contrário não será possível a homologação da sentença estrangeira.

Isto porque, a ordem pública processual é a garantia do respeito ao devido processo legal. Esta deverá sempre ser respeitada no processo arbitral e na sentença arbitral, sob pena de não ser homologada (artigo 39, II da Lei de Arbitragem) ou de ser declarada nula (artigo 32, VIII c/c 21, parágrafo 2º da Lei de Arbitragem)”.

Retornando aos meandros do procedimento do pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira, tem-se que é admissível a concessão de tutelas de urgência, a qual será apreciada pelo Presidente do STJ, se requerida antes da citação ou pelo relator do processo, se requerida quando já contestado o feito.

Sobre a natureza da sentença que julga o pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira, afirma Carneiro (2010, p. 66) que “a sentença que defere a homologação é de natureza constitutiva, atribuindo à sentença eficácia plena no Brasil; denegando-a, será meramente declaratória negativa”.

A sentença estrangeira arbitral homologada será executada no Juízo Federal competente, por meio de carta de sentença,<sup>16</sup> o que será tema do próximo tópico.

### 3 Execução de decisão estrangeira arbitral homologada

Concluída a homologação da sentença arbitral estrangeira perante o Superior Tribunal de Justiça, será expedida carta de sentença, que subsidiará o processo de cumprimento de sentença das obrigações constantes do título. A carta de sentença é um conjunto de documentos autenticados, retirados dos autos judiciais, físicos ou virtuais, contendo as peças essenciais a permitir a execução do julgado.

O Código de Processo Civil consigna expressamente que a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça é título executivo judicial,<sup>17</sup> incluindo-se aí as provenientes da arbitragem.<sup>18</sup>

A execução desses títulos é processada conforme regras do cumprimento de sentença, constantes do Título II da Parte Especial do diploma processual, com a peculiaridade de que seu início dependerá da instauração de um novo processo.

O cumprimento da sentença arbitral estrangeira homologada deve ser requerido ao juízo federal competente, sendo este, à escolha do exequente, o do atual domicílio do executado, o do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou o do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer.<sup>19</sup>

Embora não tenhamos encontrado referências doutrinárias ou jurisprudenciais a respeito, entendemos que deve ser considerada válida e aplicada eventual cláusula de eleição do foro que trate especificamente da escolha do juízo federal que deverá processar a execução da sentença arbitral estrangeira homologada.

<sup>16</sup> Artigo 965 do CPC e artigo 216-N do RISTJ.

<sup>17</sup> Artigo 515, inciso VIII do CPC.

<sup>18</sup> A natureza de título executivo judicial já era reconhecida pela doutrina e jurisprudência, tendo em vista a previsão do art. 31 da LA, pelo qual foi atribuída à sentença arbitral os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário.

<sup>19</sup> Artigo 515, inciso III e parágrafo único do CPC.

Aplica-se ao cumprimento de sentença arbitral estrangeira a necessidade de tramitação em segredo de justiça, desde que tenha sido estipulada a confidencialidade na arbitragem e seja comprovada em juízo.<sup>20</sup>

A petição inicial deve atender aos requisitos do artigo 319 do CPC, no que for compatível com um processo de execução em geral, de maneira que deve indicar o juízo competente, trazer a qualificação das partes exequente e executada, indicar os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, o pedido e o valor da causa.

O fundamento jurídico do pedido, no caso, é a própria existência de sentença arbitral estrangeira homologada, com força de título executivo.

Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, a petição inicial deve ainda ser instruída com o demonstrativo de cálculos, com todas as suas especificações, e a indicação de bens a penhorar da parte executada.<sup>21</sup>

Verificado que a petição inicial atende aos requisitos mínimos, o juízo determinará a citação da parte executada para cumprir a obrigação constante do título, no prazo de 15 dias,<sup>22</sup> sob pena da imposição de multa e honorários advocatícios.<sup>23</sup> Essa citação deverá ser pessoal, uma vez que não se trata de nova fase do processo, como normalmente ocorre quando se executa título executivo judicial, mas de um novo processo.

O cumprimento de sentença pode ser combatido por meio de impugnação apresentada pela parte executada, no prazo de 15 dias, que se inicia imediatamente após o término do prazo de cumprimento voluntário da obrigação, independentemente de intimação<sup>24</sup> ou por petição nos próprios autos, para arguir questões relativas ao procedimento do cumprimento de sentença e dos atos executivos.<sup>25</sup> Tais hipóteses de defesa serão melhor analisadas no próximo tópico.

Na impugnação aos cumprimentos de sentença, em geral podem ser alegadas as matérias estabelecidas no parágrafo primeiro do artigo 525 do CPC: falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; ilegitimidade de parte; inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; penhora incorreta ou avaliação errônea; excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

<sup>20</sup> Artigo 189, inciso IV do CPC.

<sup>21</sup> Artigo 524 do CPC.

<sup>22</sup> Artigo 515, parágrafo primeiro, do CPC. Destaque-se que o termo inicial do prazo para o executado cumprir sua obrigação (pagar, fazer, não fazer ou entregar coisa) inicia-se no dia da sua intimação, não do da juntada aos autos da carta ou mandado de citação. Isso porque o cumprimento da obrigação é ato que não depende da intermediação de representante legal (artigo 231, parágrafo terceiro do CPC).

<sup>23</sup> Artigo 523, parágrafo primeiro, do CPC.

<sup>24</sup> Artigo 525 do CPC.

<sup>25</sup> Artigo 518 do CPC.

Como se vê, nesse rol estão presentes alegações relativas à validade dos atos típicos de execução, como também alegações relativas à validade do título e do processo de conhecimento do qual se originou.

Ocorre que o artigo V da CNI, bem como os artigos 28 e 39 da LArb, 963 do CPC e 216-D e 216-F do RISTJ também trazem critérios de validade que já precisaram passar pelo crivo do juízo homologante para que a sentença arbitral estrangeira pudesse ser reconhecida e depois executada no país.

Assim, resta saber quais dessas matérias, ainda podem ser alegadas e conhecidas pelo juízo da execução, afastando a aplicação integral do artigo 525 do CPC no caso de cumprimento de sentença arbitral estrangeira.

#### 4 Matérias de defesa cognoscíveis pelo juízo do cumprimento de sentença arbitral estrangeira

Como visto, a parte contra quem foi requerida a homologação de sentença arbitral estrangeira será citada para apresentar contestação no processo perante o STJ, podendo alegar as matérias constantes do artigo V da CNI. Há quem entenda que as matérias do item 1<sup>26</sup> desse artigo não podem ser conhecidas de ofício pelo juízo homologante, só podendo ser conhecidas e julgadas se objeto de alegação e prova pelo contestante.

Ressalte-se que, pela pesquisa jurisprudencial que fizemos, parece-nos que o STJ tem enfrentado todas essas questões, independentemente de alegação, considerando que devem ser demonstradas pelo requerente da homologação, caso não haja anuência da parte requerida com o pedido de homologação.

Com efeito, em vários julgados, consta a necessidade de enfrentamento das matérias dos artigos 963, 964 e 965 do CPC e 216-C, 216-D e 216-F do RISTJ.<sup>27</sup>

Uma vez homologada a sentença arbitral estrangeira pelo STJ, tem-se atestado seu reconhecimento, validade e aptidão para ter seus direitos e obrigações exigidos. A eficácia executiva da sentença arbitral estrangeira é, então,

<sup>26</sup> As matérias de defesa contra o pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira, constantes do Artigo V.1. da CNI são as seguintes: a) incapacidade das partes, segundo a lei a elas aplicável; b) nulidade da convenção arbitral, de acordo com a lei escolhida para reger a arbitragem ou, não havendo essa escolha, de acordo com a lei do país onde a sentença foi proferida; c) ausência de notificação do contestante da designação do árbitro ou do processo de arbitragem; d) impossibilidade de exercício do direito à ampla defesa pelo contestante no processo arbitral; e) a sentença arbitral decidiu matéria não abrangida na convenção de arbitragem ou além do previsto nesta, não podendo haver a separação da matéria que seria arbitrável para fins de execução parcial; f) a composição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não estava em conformidade com o acordado entre as partes na convenção arbitral ou, não havendo disposição a respeito, não respeitou a lei do país onde ocorreu a arbitragem; g) ainda não ocorreu o trânsito em julgado da sentença arbitral ou esta foi suspensa ou anulada pela autoridade do país onde a sentença foi proferida ou conforme a lei do país onde foi proferida.

<sup>27</sup> Nesse sentido: "SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO. PRESSUPOSTOS POSITIVOS E NEGATIVOS. ARTIGOS 15 E 17 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO.

destravada podendo ser executada perante a Justiça Federal, como abordado no tópico anterior.

Recebendo a citação do processo de cumprimento de sentença arbitral estrangeira, já em tramitação perante o juízo federal de primeira instância, o executado poderá apresentar defesa.

Conforme leciona Medina (2019, p. RB-4.30), “o texto do CPC/2015 prevê duas formas de oposição do executado, em se tratando de cumprimento de sentença: impugnação (art. 525, ressalvado o §11) e simples arguição, figura assimilável àquilo que, na praxe forense, se tem chamado de exceção de pré-executividade (art. 518 e §11 do art. 525)”<sup>28</sup>

Tanto a impugnação do art. 525, parágrafo primeiro, como a petição do art. 518 do CPC, são processadas nos próprios autos do cumprimento de sentença (não na forma de incidente apartado, como é o caso dos embargos à execução de título executivo extrajudicial).

Anota Nelson Nery Jr. (2021, p. RL-1105):

O incidente de impugnação ao cumprimento da sentença é misto de ação e defesa e se constitui como meio de defesa do devedor contra a eficácia executiva do título e contra atos de execução. Ao contrário do que ocorria no CPC/1973, segundo o qual a impugnação somente podia ser oposta depois de seguro o juízo pela penhora, no atual sistema a impugnação deve ser oposta no prazo do pagamento, mas

---

ARTIGOS 963 A 965 DO CPC/2015. ARTS. 216-C, 216-D E 216-F DO RISTJ. ARTS. 38 E 39 DA LEI DE ARBITRAGEM. OBSERVÂNCIA. SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA HOMOLOGADA.

1. Nos termos dos artigos 15 e 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, 963 a 965 do Código de Processo Civil e artigos 216-C, 216-D e 216-F do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que, atualmente, disciplinam o procedimento de homologação de sentença estrangeira, constituem requisitos indispensáveis ao deferimento da homologação, os seguintes: (i) instrução da petição inicial com o original ou cópia autenticada da decisão homologanda e de outros documentos indispensáveis; (ii) haver sido a sentença proferida por autoridade competente; (iii) terem as partes sido regularmente citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; (iv) ter a sentença transitado em julgado; (v) não ofender ‘a soberania, a dignidade da pessoa humana e/ou ordem pública’. 2. Além disso, para a homologação de sentença arbitral estrangeira é preciso observar, ainda, as exigências constantes dos arts. 38 e 39 da Lei de Arbitragem. 3. Preenchidos os requisitos legais, impõe-se a homologação da sentença estrangeira, não cabendo ao Superior Tribunal de Justiça o exame de matéria pertinente ao mérito, salvo para, dentro de estreitos limites, verificar eventual ofensa à ordem pública e à soberania nacional, o que não é o caso. 4. Hipótese em que o laudo arbitral foi proferido nos limites da lide, com a observância do contraditório e da ampla defesa e, ainda, examinou fundamentadamente e de forma isonômica as evidências e alegações das partes. 5. Sentença arbitral estrangeira homologada”. (HDE 1.914/EX, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/06/2019, *DJe* 11/06/2019).

<sup>28</sup> Atente-se que não há a necessidade de garantir o juízo para fins de apresentação de impugnação (exigência que ainda permanece para fins de oferecimento de embargos à execução de título executivo extrajudicial), detendo maior amplitude as matérias manejáveis por meio de impugnação, em relação ao que é aceito em exceções de pré-executividade. As situações em que estas ainda são manejadas em cumprimentos de sentença são muito restritas, praticamente quando a impugnação não é apresentada tempestivamente ou quando a situação impugnável surge após o seu prazo.

A garantia do juízo em cumprimento de sentença é uma opção do executado, se pretender a atribuição de efeito suspensivo, tendo em vista que, sem ele, os atos de execução serão realizados, ainda que apresentada impugnação e esteja pendente o seu julgamento (artigo 521, §6º do CPC).

independentemente de penhora. O recebimento do incidente não suspende o curso da execução, salvo se o juiz assim o determinar, no caso do CPC 525, §6º.

Na impugnação ao cumprimento de sentença o executado poderá alegar uma das matérias constantes do parágrafo primeiro do art. 525 do diploma processual.<sup>29</sup> Ocorre que grande parte dessas matérias já foi objeto do processo de homologação da sentença arbitral estrangeira, restando preclusa a possibilidade de conhecimento pelo juízo da execução.

Para fins de demonstração do que acabamos de afirmar, faremos uma análise individual das matérias que podem ser objeto de impugnação ao cumprimento de sentença em geral, segundo ordem estabelecida no parágrafo primeiro do artigo 525 do CPC, a fim de se perquirir se o juízo da execução delas pode conhecer, em se tratando de sentença arbitral estrangeira, tendo em vista o carimbo de validade do título apostado pela sua homologação pelo STJ.

Nas impugnações em geral o executado pode alegar *falta ou nulidade da citação no processo de conhecimento ou que este correu à sua revelia* (inciso I). Note-se que essa matéria coincide com hipótese constante do artigo V.1. da CNI e com inciso II do artigo 963 do CPC. Assim, se sentença arbitral estrangeira foi homologada é porque o STJ considerou válida a citação e regular os efeitos da revelia aplicados no processo arbitral.<sup>30</sup> Sendo assim, entendemos que não cabe mais discussão acerca de revelia ou falta ou nulidade de citação no processo arbitral.

Em sua impugnação ao cumprimento de sentença, também pode ser alegado pelo executado a *ilegitimidade de parte* (inciso II), tanto do exequente quanto do executado. Em regra, se o cumprimento de sentença é proposto por quem foi parte na arbitragem contra quem também foi parte na arbitragem, entendemos

<sup>29</sup> “§1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II – ilegitimidade de parte;

III – inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV – penhora incorreta ou avaliação errônea;

V – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

VI – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VII – qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.”

<sup>30</sup> Veja-se como exemplo um processo de homologação de sentença estrangeira arbitral na qual o STJ analisou a validade da citação: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE. CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA POR VIA POSTAL. VALIDADE. PRESSUPOSTOS POSITIVOS E NEGATIVOS. ARTIGOS 15 E 17 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. ARTIGOS 963 A 965 DO CPC/2015. ARTS. 216-C, 216-D E 216-F DO RISTJ. OBSERVÂNCIA. CITAÇÃO VÁLIDA NO PROCESSO QUE CULMINOU COM A SENTENÇA HOMOLOGANDA. ATO QUE DEVE SER REALIZADO DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO ALIENÍGENA. TRÂNSITO EM JULGADO NA ORIGEM. REQUISITO INEXISTENTE NO CPC/15. NECESSIDADE DE QUE A DECISÃO APENAS SEJA EFICAZ EM SEU PAÍS. SENTENÇA ESTRANGEIRA HOMOLOGADA.

[...]



que a matéria não comporta mais discussão no juízo da execução, uma vez que inerente ao atestado de validade do título dado pelo STJ.

Não podemos esquecer, porém, da possibilidade de haver cessão de crédito ou assunção de obrigações, referente ao objeto da sentença arbitral. Nesse caso, se o contrato de transferência de direitos ou obrigações tiver ocorrido após a homologação da sentença arbitral estrangeira, a ilegitimidade de parte deve ser apreciada pelo juízo da execução. Inclusive, trata-se de matéria de ordem pública, podendo ser alegada em qualquer grau de jurisdição e em qualquer fase do processo.

Também pode o executado alegar inexecuibilidade do título ou inexecuibilidade da execução (inciso III). Estamos aqui diante da positivação do famoso adágio *nulla executio sine titulo*, segundo o qual não se admite a instauração da execução sem um título ao qual a lei confira força executiva.

Sobre essa hipótese de defesa anota Araken de Assis (2021, p. RB 19.6):

A rubrica da inexecuibilidade do título abrange três situações particulares no cumprimento da sentença: (a) da pendência de recurso contra o título dotado de efeito suspensivo, a começar pela apelação (art. 1.012, *caput*), mas extensível a quaisquer outros recursos ou incidentes nos quais a autoridade judiciária atribuiu efeito suspensivo (v.g., resolução de demandas repetitivas); (b) ausência de reexame necessário, nas hipóteses em que se afigura obrigatório, nos termos do art. 496; e (c) em termos mais gerais, a ausência de condenação no provimento, ou reconhecimento de ‘obrigação’ a cargo do vencido, apanhando a pretensão a executar deduzida pelo réu no caso da sentença de improcedência.<sup>31</sup>

Merece destaque, ainda, os comentários feitos por Nelson Nery Jr. (2021, p. RL-1105), no sentido de que a execução deve fundar-se em título líquido, certo e exigível. Por exigível tem-se o título cuja obrigação nele contida pode ser exigida imediatamente ao devedor, não pendendo a sentença de trânsito em julgado ou de condição que iniba a execução. O autor alerta, porém, situações em que a legislação admite a execução provisória do título.

2. O parágrafo 2º do art. 248 do Código de Processo Civil consigna que: ‘Sendo o citando pessoa jurídica, será válida a entrega do mandado a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração ou, ainda, a funcionário responsável pelo recebimento de correspondências’.

2. No caso em foco, o representante legal da empresa requerida (fls. 39-41), ora agravante, tem endereço (e-STJ fl. 28) no local onde a carta com aviso de recebimento foi recebida (e-STJ fl. 62), razão pela qual a citação foi plenamente válida. Precedente: AgInt no AREsp 847.301/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, *DJe* 8/8/2016, [...]”. (AgInt na HDE 2.565/EX, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/05/2021, *DJe* 26/05/2021).

<sup>31</sup> Melhor detalhando o item “c)” da classificação, o autor esclarece tratar-se da situação em que, por exemplo, devedor de contrato bancário afora ação judicial de conhecimento buscando a declaração de nulidade de cláusula contratual e tem sua pretensão julgada improcedente. Nesse caso, afirma o autor, a sentença de improcedência não pode ser considerada título executivo, a se seguir de pedido de cumprimento de sentença pela instituição bancária.



Como se vê, a doutrina trata como título inexecutível ou obrigação inexigível, em termos gerais, aquela situação em que ainda pendem fases ou formalidades que impedem o trânsito em julgado ou quando o processo de conhecimento foi alvo de recurso ao qual se atribuiu efeito suspensivo.

Perceba-se que não ter transitado em julgado a sentença arbitral estrangeira ou estar ela suspensa ou anulada pela autoridade do país onde foi proferida ou conforme a lei do país onde foi prolatada, são hipóteses do artigo V.1. da CNI. O inciso III do artigo 963 do CPC, inclusive, dispõe que é requisito para a homologação, ser a sentença estrangeira eficaz no país em que foi proferida, sequer fazendo referência ao trânsito em julgado, como se percebe.<sup>32</sup>

Assim, conclui-se que a exequibilidade da sentença estrangeira arbitral no país em que foi proferida é requisito já considerado pelo STJ para proceder à sua homologação, não podendo ser conhecido pelo juízo da execução.

Por fim, não há dúvidas de que *penhora incorreta ou avaliação errônea* (inciso IV), *excesso de execução ou cumulação indevida de execuções* (inciso V), *incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução* (inciso VI) e *qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença* (inciso VII), são matérias típicas do processo de execução, e, por isso, não submetidas ao crivo do juízo homologante. Assim, se alegadas, devem ser objeto de ampla cognição pelo juízo executante.

Como se vê, apenas objeções contra atos executivos em si são oponíveis em impugnação ao cumprimento de sentença estrangeira arbitral, não se admitindo alegações de fundo ou de mérito, seja porque incabíveis mesmo em processos

<sup>32</sup> Nesse sentido: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE. CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA POR VIA POSTAL. VALIDADE. PRESSUPOSTOS POSITIVOS E NEGATIVOS. ARTIGOS 15 E 17 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. ARTIGOS 963 A 965 DO CPC/2015. ARTS. 216-C, 216-D E 216-F DO RISTJ. OBSERVÂNCIA. CITAÇÃO VÁLIDA NO PROCESSO QUE CULMINOU COM A SENTENÇA HOMOLOGANDA. ATO QUE DEVE SER REALIZADO DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO ALIENÍGENA. TRÂNSITO EM JULGADO NA ORIGEM. REQUISITO INEXISTENTE NO CPC/15. NECESSIDADE DE QUE A DECISÃO APENAS SEJA EFICAZ EM SEU PAÍS. SENTENÇA ESTRANGEIRA HOMOLOGADA.

[...]

5. O art. 963 do CPC/2015 passou a exigir não mais o trânsito em julgado, mas, sim (inc. III), que a decisão seja "eficaz no país em que foi proferida". Por isso a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já assentou que não é mais exigível, para a homologação de decisão judicial estrangeira, que ela seja definitiva, bastando, atualmente, que a decisão homologanda tenha exequibilidade, ou seja, possa ter seu cumprimento exigido no país de origem. Precedentes: SEC 14.812/EX, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 23/5/2018; e HDE 818/EX, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 10/9/2019.

6. No caso em testilha, constata-se o carimbo "filed" sobre a sentença estrangeira homologanda, o que é indicativo de que o feito foi arquivado, ou seja, decorreu "in albis" o prazo aplicável à interposição de recurso.

7. Agravo interno não provido". (AgInt na HDE 2.565/EX, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/05/2021, DJe 26/05/2021).

de execução, seja porque já analisado ou precluso em decorrência do processo de homologação no STJ.

## 5 Conclusão

O cerne do processo de homologação de sentença arbitral estrangeira é verificar critérios de validade do título, considerando o cumprimento das disposições da cláusula compromissória, a legalidade do procedimento arbitral e a compatibilidade do conteúdo decisório com o ordenamento jurídico nacional. É certo que o mérito do julgado arbitral é analisado apenas tangencialmente, quando necessário para averiguar as questões referidas.

Após o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira pelo STJ, a ela se confere natureza de título executivo judicial, e, nessa qualidade, sujeita-se às disposições processuais que regulam o cumprimento de sentença (Título II da Parte Especial do CPC). Assim, a parte interessada deverá requerer o cumprimento de sentença do provimento jurisdicional homologado, perante juízo federal de primeira instância, instruindo o seu requerimento com a competente carta de sentença, extraída do processo de homologação.

No processo de homologação da sentença estrangeira arbitral, o STJ realiza juízo de deliberação, analisando a validade do título e do próprio procedimento arbitral, sendo-lhe defeso avaliar o mérito do julgado, salvo tangencialmente, quando necessário para aferir a nulidade ou não do título cujo reconhecimento se pretende.

Apesar de, genericamente, afirmar-se que o cumprimento de sentença arbitral estrangeira se sujeita às normas gerais de execução de títulos executivos judiciais, verifica-se relevante restrição em relação às matérias de defesa oponíveis pelo executado no processo executivo.

Com efeito, as matérias constantes do artigo V.1 da CNI, dos artigos 963 a 965 do CPC e 216-C, 216-D e 216-F do RISTJ, basicamente referentes à validade do procedimento arbitral e da sentença proferida, já serão analisadas pelo STJ antes de proceder com a sua homologação. Mesmo que se adote o entendimento de tais matérias não podem ser conhecidas de ofício pelo juízo homologante, seria o caso de tê-las por prejudicadas caso não alegadas pelo então contestante no processo de homologação.

Analisadas individualmente as hipóteses de cabimento de impugnação ao cumprimento de sentença, concluiu-se que apenas aquelas objeções referentes à validade dos atos executivos em si podem ser arguidas pelo executado. Isso porque, uma vez homologada a sentença arbitral estrangeira pelo STJ, a Corte

Superior declarou a validade do procedimento arbitral e do título exequendo, incluindo a validade da citação e sua eficácia no país onde proferida.

Assim, apenas matérias típicas do processo de execução ou afetas aos atos executivos em si podem ser arguidas pelo executado, eis que, obviamente, não poderiam ter passado pelo crivo do poder homologante.

Deve-se interpretar a homologação da sentença arbitral estrangeira pelo STJ como uma declaração de regularidade, que confere ao título atestado de validade e pleno potencial de ter as obrigações nele constantes exigidas, por meio do uso do poderio estatal nacional.

---

**Abstract:** The present work presents the path through which the foreign arbitral award needs to travel in order to be recognized and enforced in Brazil. Brazil is a signatory country to the 1958 New York International Convention, a diploma that deals with the recognition and execution of a foreign arbitral award, having ratified it in 2002. The recognition of the foreign arbitral award in Brazil takes place after the process of ratification by the Superior Tribunal de Justiça, according to the rules that will be discussed in this article. The ratifying Court, carries out a decision of deliberation, deciding aspects of validity of the procedure and foreign title, not admitting, as a general rule, analysis of the arbitrated merits. Once the foreign arbitral award has been ratified, its execution takes place by means of a request for compliance with the award, before the Federal Court of First Instance, instructed by a letter of award. When complying with national sentences, the defendant has a limitation on the defense matters he may face. In the present work, we will verify if there is an expansion in this restriction to the defense of the debtor, as it is a compliance with a ratified foreign arbitration award, in which the validity of the title and the arbitration process that gave rise to it has already been analyzed and decided by the Superior Tribunal de Justiça.

**Keywords:** Foreign arbitration award. Homologation. Court of Deliberation. Enforcement of sentence. Impeachment.

---

## Referências

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Homologação de sentença arbitral estrangeira. *In:* LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de Arbitragem*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à lei de arbitragem* (Lei nº 9.307, de 23/09/1996). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARAÚJO, Nadia; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. O código de processo civil de 2015 e a homologação de laudos arbitrais estrangeiros. *In:* CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *20 anos da Lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BARBOSA, Flávio Spaccaquerche. A homologação das sentenças arbitrais estrangeiras desde o advento da Lei nº 9.307/96. *In:* MELO, Leonardo de Campos; BENEDEZI, Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

- BARROS, Vera Cecília Monteiro de. *Homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira no Brasil: exceção de ofensa à ordem pública*. 2013. Dissertação de Mestrado (USP). Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-09082017-104514/pt-br.php>. Acesso em: 12 set. 2021.
- BARROS NETO, Geraldo Fonseca de; BARROS, João Victor Carvalho de. *Peculiaridades da execução da sentença arbitral*. 2017. Disponível em: <http://www.adambrasil.com/peculiaridades-da-execucao-da-sentenca-arbitral/>. Acesso em: 11 set. 2021.
- CARNEIRO, Atos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação, conciliação e tribunal multiportas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- NORTHFLEET, Ellen Gracie. Homologação de sentença estrangeira contestada. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais – Arbitragem e mediação*. Volume 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. Nova York, 1958. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/legislacao-internacional/convencao-de-nova-iorque/>. Acesso em: 11 set. 2021.
- SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem: mediação e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Homologação da sentença arbitral estrangeira. Cinco anos da reforma do Judiciário. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 47, nº 186, abr./jun. 2010, p. 61-76.
- VICENZI, Brunela Vieira de; MACHADO, César Rossi. *Sentenças estrangeiras*. A complexidade da ordem pública entre outras culturas. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jun-11/conceito-ordem-publica-complexo-situacoes-culturais-distintas>. Acesso em: 11 set. 2021.

---

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

RODRIGUES, Danielli Farias Rabelo Leitão. Limitação da cognição da impugnação ao cumprimento de sentença arbitral estrangeira homologada. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 03, n. 06, p. 51-67, jul./dez. 2021. DOI: 10.52028/rbadr.v3i6.3.

---



# Os meios alternativos de solução de controvérsias na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

## Gustavo da Rocha Schmidt

Professor da FGV Direito Rio. Presidente do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA. Presidente da *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*. Doutorando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. *Master of Laws* pela *New York University of Law*. Mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Presidente da Comissão de Arbitragem dos BRICS da OAB Federal. Advogado. Sócio de Schmidt – Lourenço – Kingston Advogados Associados. Procurador do Município do Rio de Janeiro. *E-mail:* gustavo.schmidt@slk.adv.br

---

**Resumo:** Em 1º de abril de 2021, foi sancionada a Lei nº 14.133/2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Nela, foi introduzido um capítulo inteiro voltado para regular o emprego dos meios alternativos de resolução de controvérsias (Capítulo XII, do Título III; arts. 151 a 154 da Lei), instituindo-se, no campo das contratações estatais, um verdadeiro “Tribunal Multiportas”. Pretende-se, no presente artigo, fazer uma análise das regras previstas nos arts. 151 a 154 da Lei nº 14.133/2021 e nos possíveis problemas, de ordem prática e jurídica, que podem surgir da aplicação dos aludidos dispositivos legais.

**Palavras-chave:** Meios alternativos de soluções de controvérsias. Arbitragem. Mediação. Conciliação. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Escorço histórico – 3 Os meios alternativos de solução de controvérsias na Lei nº 14.133/2021 – 4 Conclusões

---

## 1 Introdução

Diz-se que o sistema de solução de conflitos, no Brasil, perdeu o caráter unidimensional. Até bem recentemente, o único caminho para a resolução de um litígio era o Judiciário. O cenário mudou, significativamente, nos últimos anos. A mudança, que se iniciara em 1996, com a aprovação da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), ganhou força em 2015, com a edição do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.015/2015), e, sobretudo, com a entrada em vigor da Reforma da Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/2015) e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015). Hoje, são várias portas de entrada e diferentes portas de saída. É nesse sentido que se fala em “Tribunal Multiportas” ou “Sistema Multiportas”.

Em regra, o emprego dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos depende apenas de acordo prévio das partes. É escolha que deriva da autonomia da vontade e, por isso mesmo, não há a necessidade de que a via a ser utilizada esteja prevista em lei. Como explicitado no Enunciado 81 da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), “a conciliação, a arbitragem e a mediação, previstas em lei, não excluem outras formas de resolução de conflitos que decorram da autonomia privada, desde que o objeto seja lícito e as partes sejam capazes”.

O referido racional, contudo, não se aplica à Administração Pública. O princípio da legalidade administrativa, consagrado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, condiciona a atividade administrativa do Estado. Assim é que, para que o ente estatal possa se valer das vias extrajudiciais de solução de conflitos, há a necessidade de expressa previsão legal a respeito. Nesse contexto, em 1º de abril de 2021, foi sancionada a Lei nº 14.133/2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Nela, foi introduzido um capítulo inteiro voltado para regular o emprego dos meios alternativos de resolução de controvérsias (Capítulo XII, do Título III; arts. 151 a 154 da Lei).

Além de reforçar a viabilidade de emprego da arbitragem, da conciliação e da mediação nos conflitos envolvendo entes estatais, em sintonia com disposições similares contidas na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.129/2015) e na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos passou a contemplar, textualmente, a possibilidade de utilização do comitê de resolução de disputas (também chamado de *dispute board*) nos contratos administrativos.

O presente ensaio tem por objetivo, precisamente, permitir uma melhor compreensão do alcance das regras previstas nos arts. 151 a 154 da Lei nº 14.133/2021. Para tanto, o trabalho será dividido em dois grandes tópicos. O primeiro versará sobre a história, no direito brasileiro, do uso dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos nos litígios envolvendo o Estado. O tópico seguinte focará nas regras introduzidas pela Lei nº 14.133/2021 e nos possíveis problemas, de ordem prática e jurídica, que podem surgir da aplicação dos aludidos dispositivos legais. Ao final, serão compendiadas algumas importantes conclusões a respeito das inovações trazidas pela nova Lei.

## 2 Escorço histórico

O legislador, historicamente, sempre evitou o enfrentamento do tema, ora omitindo-se a respeito da possibilidade de utilização das soluções extrajudiciais de controvérsias nas relações com o Poder Público, ora admitindo-a em situações

excepcionais. Assim, por exemplo, o Decreto nº 15.783/22, que regulamentou o Código de Contabilidade da União, exigia, como cláusula essencial à validade dos contratos administrativos, a eleição do foro brasileiro como competente para dirimir toda e qualquer controvérsia,<sup>1</sup> sem nada falar sobre a conciliação ou a arbitragem.

O Decreto-Lei nº 2.300/86 (também nomeado, à época, de Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos), na sua redação original, ocupou-se apenas do juízo arbitral e, ainda assim, para proibi-lo, nas relações contratuais com pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no estrangeiro.<sup>2</sup>

Não demorou sete anos para que o Congresso Nacional revisitasse a questão e aprovasse uma nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, tendo optado, todavia, por nela não tratar de qualquer dos mecanismos de solução extrajudicial de litígios com o Poder Público. À época, instado a se pronunciar sobre a possibilidade de utilização da arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública, por consulta formulada pelo então Ministro de Minas e Energia, firmou o Tribunal de Contas da União a posição de que

[...] o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros).<sup>3</sup>

A falta de uma previsão genérica para a adoção dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos com a Administração Pública não impediu o Poder Público de editar atos normativos, permitindo tanto as soluções consensuais, quanto o uso da arbitragem, em situações específicas.

Assim é que, no campo das soluções autocompositivas, sempre se admitiu o reconhecimento de dívida pelo Estado, na via administrativa, com fulcro na regra do art. 59 da Lei nº 8.666/93. Exemplo histórico, também, de resolução

<sup>1</sup> “Art. 775. [...] §1º. São cláusulas essenciais e como taes não podem ser omitidas em contracto algum, sob pena de nulidade: (...) e) nos contractos com pessoas naturaes ou juridicas domiciliadas no estrangeiro, a cláusula que declara competente o fóro nacional brasileiro, para dirimir quaesquer questões judiciárias originadas dos mesmos contractos.”

<sup>2</sup> Dispunha o art. 45, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 2.300/86, na sua redação original: “Nos contratos com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, vedada a instituição de juízo arbitral”. Isso – é verdade – perdurou por menos de um ano. Cerca de oito meses após a publicação do Estatuto das Licitações, o então Presidente da República editou o Decreto-Lei nº 2.348/87, alterando a redação do parágrafo único do aludido art. 45, de modo a autorizar a utilização do instituto da arbitragem nas hipóteses nele mencionadas: “Art. 45 [...]. Parágrafo único. Nos contratos celebrados pela União Federal ou suas autarquias, com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 13, do artigo 25, permitido nesses casos o Juízo arbitral”.

<sup>3</sup> TCU, Plenário, Decisão 286/1993, Relator Ministro Homero Santos, julgado em 15.07.1993, *DOU* de 04.08.1993.



consensual de litígios está na recomposição de equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, na esfera administrativa, conforme autorizam os arts. 58, §2º, e 65, I, “d”, do aludido diploma legal. Outro exemplo marcante está no Decreto-Lei nº 3.365/41 (Lei de Desapropriações), que sempre permitiu a desapropriação amigável, mediante acordo extrajudicial.

Mais raro era o emprego da arbitragem nos conflitos com o Estado. O exemplo mais emblemático, sem sombra de dúvida, está no caso Lage.<sup>4</sup> Com efeito, por meio do Decreto-Lei nº 4.648, de 2 de setembro de 1942, foi incorporado ao patrimônio nacional os bens e direitos das empresas da Organização Lage, em especial os acervos das empresas de navegação, estaleiros e portos, tudo no interesse da defesa nacional. Não chegaram as partes a um consenso quanto ao valor da indenização a ser paga e, em função disso, foi editado o Decreto-Lei nº 9.521, de 26 de julho de 1946, que incumbiu a um juízo arbitral a fixação do *quantum* indenizatório devido.<sup>5</sup>

O Tribunal Arbitral foi regularmente constituído e em 21 de janeiro de 1948, ao final do processamento do feito, por unanimidade, fixou a indenização em CR\$288.460.812,00. Ato seguinte, foi encaminhado projeto de lei à Câmara dos Deputados, solicitando a abertura de crédito especial para pagamento da indenização devida ao Espólio de Henrique Lage e ao Espólio de Renaud Lage. Eis que, mudando a orientação até então adotada, o Governo Federal passou a sustentar a inconstitucionalidade do juízo arbitral e encaminhou mensagem ao Congresso Nacional, solicitando o cancelamento dos créditos destinados ao espólio. Inconformada, a família Lage ingressou no judiciário, com o objetivo de receber os valores fixados no laudo arbitral. A controvérsia passou por todas as instâncias e chegou, finalmente, ao Supremo Tribunal Federal, que, por unanimidade de votos, entendeu pela perfeita “legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a fazenda”.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> O relato do caso Lage pode ser extraído do relatório do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento 52.181 (STF, Tribunal Pleno, AI 52.181/GB, Relator Ministro Bilac Pinto, julgado em 14.11.1973, *DJU* de 15.02.1974).

<sup>5</sup> Dispunha, a propósito, o art. 12 do Decreto-Lei nº 9.521/1946: “Art. 12. Fica instituído o Juízo Arbitral para o fim especial de julgar, em única instância e sem recurso, as impugnações oferecidas pelo Espólio de Henrique Lage, sua herdeira e legatários, aos Decretos-Leis 4.648, de 2 de setembro de 1942, e 7.024, de 6 de novembro de 1944, com as seguintes atribuições: I – decidir sobre: a) as avaliações dos bens e direitos a que aludem os arts. 2º e 4º deste Decreto-lei; b) os débitos a que se referem os arts. 5º, letra a, e 6º; c) o levantamento do passivo das referidas Empresas e do Espólio, para os fins previstos no art. 5º letra b; d) a apuração da diferença a que alude o art. 8º; e) as alterações eventuais previstas no art. 10; f) a demarcação da parte dos terrenos de marinha e acrescidos, excluída da incorporação, nos termos dos arts. 2º e 3º; g) a administração, nos termos do art. 21, §1º, das empresas excluídas; h) os casos omissos e qualquer outro assunto de que dependa a boa e rápida execução do presente decreto-lei; II – arbitrar, se necessário, o valor dos acréscimos e deduções a serem computados na forma do art. 10”.

<sup>6</sup> STF, Tribunal Pleno, AI 52.181/GB, Relator Ministro Bilac Pinto, julgado em 14.11.1973, *DJU* de 15.02.1974.

A edição da Lei nº 9.307, a Lei de Arbitragem, datada de 23 de setembro de 1996, em nada contribuiu para estimular o uso da via arbitral pela Administração Pública. Nela, na sua redação original, nenhuma referência havia à utilização do instituto da arbitragem no âmbito dos contratos administrativos. Limitava-se o art. 1º a estatuir que poderiam valer-se da arbitragem “as pessoas capazes” e “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.<sup>7</sup>

O resultado disso, até bem recentemente, era a existência de enorme controvérsia a respeito da arbitrabilidade dos litígios envolvendo a Administração Pública, tanto na esfera doutrinária, quanto, sobretudo, no Tribunal de Contas da União.<sup>8</sup>

Aderindo a posicionamento mais moderado, o STJ reconheceu a validade e eficácia de cláusulas compromissórias inseridas em contratos firmados por sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, com a submissão de eventuais litígios decorrentes dos respectivos ajustes ao juízo arbitral. Segundo a jurisprudência da Corte, a inserção de cláusula compromissória nos contratos com a Administração Pública seria perfeitamente possível, desde que: (i) a relação contratual tenha como parte sociedade de economia mista; (ii) a empresa estatal explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, na forma do art. 173, §1º, da Constituição Federal; e (iii) a disputa envolva direitos patrimoniais, de natureza disponível, ficando excluídos do procedimento arbitral os atos praticados no exercício do poder de império estatal.<sup>9</sup>

Nos anos subsequentes, o STJ pacificou definitivamente o tema, em sucessivos julgados,<sup>10</sup> merecendo especial destaque o julgamento, pela 1ª Seção, do

<sup>7</sup> “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

<sup>8</sup> É verdade que a doutrina, mesmo a mais tradicional, acenou desde o primeiro momento pela possibilidade de inserção da convenção arbitral nos contratos administrativos. Vide, por todos: TÁCITO, Caio. *Arbitragem nos litígios administrativos*. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 210, out./dez. 1997, p. 114/115. No mesmo sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 265. Confira-se, também: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed., rev., amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 217-218 e 987-988; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos contratos administrativos*. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 209, jul./set. 1997, p. 89. Em sentido contrário, negando veementemente a possibilidade de adoção da via arbitral nas relações contratuais com a Administração Pública: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs)*. *Migalhas*, 12 de janeiro de 2006. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs). Acesso em: 26 mar. 2021. O TCU também firmou orientação contrária ao uso da arbitragem em contratos administrativos. Vide, a propósito, entre outros, os seguintes julgados: TCU, Segunda Turma, Acórdão 0584/2003, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, julgado em 10.04.2003, *DOU* de 28.04.2003; TCU, Segunda Turma, Acórdão 537/2006, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, julgado em 14.03.2006, *DOU* de 17.03.2006; TCU, Plenário, Acórdão 1.099/2006, Relator Ministro Augusto Nardes, julgado em 05.07.2006, *DOU* de 10.07.2006.

<sup>9</sup> “São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, §1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste” (STJ, Segunda Turma, REsp 612.439/RS, Relator Ministro João Otávio Noronha, julgado em 25.10.2005, *DJ* de 14.09.2006).

<sup>10</sup> STJ, Primeira Seção, AGRG no MS 11.308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 28.06.2006, *DJ* de 14.08.2006; STJ, Segunda Turma, REsp 606.345/RS, Relator Ministro João Otávio Noronha, julgado em

Agravo Regimental no Mandado de Segurança 11.308/DF.<sup>11</sup> Ali, em voto lapidar da relatoria do Ministro Luiz Fux, mais do que reafirmar a possibilidade de utilização da arbitragem para dirimir conflitos com sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, o Superior Tribunal de Justiça assentou que o conceito de direitos patrimoniais disponíveis não guardaria qualquer incompatibilidade com a ideia de interesse público. De fato, se a Administração Pública pode dispor de determinado interesse, por via transacional ou contratual, então pode submetê-lo ao juízo arbitral. O raciocínio vale tanto para as empresas estatais (exploradoras ou não de atividade econômica), como para as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios e suas autarquias e fundações de direito público).

É nessa linha que surgem leis esparsas, a partir no ano de 1997, autorizando a utilização dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos nos contratos administrativos celebrados com a Administração Pública. Assim, a título ilustrativo, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) estabelece que o contrato de concessão deverá indicar “o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais” (art. 93, XV). A Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) preconiza que são cláusulas essenciais, nos contratos de concessão do setor de óleo e gás, aquelas que dispõem “sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional” (art. 43, X). Também, a Lei nº 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), esclarece que devem constar, obrigatoriamente, dos contratos de concessão, como cláusulas essenciais, as “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem” (art. 35, XI). Fazem referência à arbitragem, igualmente, a Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas),<sup>12</sup> a Lei nº 11.196/2005, que incluiu o art. 23-A na Lei nº 8.987/95 (a Lei de Concessões),<sup>13</sup> e a Lei nº 12.815/2013 (Lei dos Portos),<sup>14</sup> entre outras.

---

17.05.2007, *DJ* de 08.06.2007; STJ, Primeira Seção, MS 11.308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 09.04.2008, *DJe* de 19.05.2008; STJ, Terceira Turma, REsp 904.813/PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20.10.2011, *DJe* de 28.02.2012.

<sup>11</sup> STJ, Primeira Seção, AGRG no MS 11.308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 28.06.2006, *DJ* de 14.08.2006.

<sup>12</sup> “Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato [...], podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

<sup>13</sup> “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

<sup>14</sup> “Art. 62 [...] §1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o *caput*, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

Persistia, contudo, uma evidente lacuna no ordenamento jurídico, ante a falta de uma norma geral sobre o assunto. O vácuo normativo foi preenchido, primeiramente, com a aprovação da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que promoveu verdadeira reforma na Lei de Arbitragem, passando a prever a possibilidade de utilização da via arbitral nos conflitos envolvendo a Administração Pública (Direta e Indireta) das três esferas da Federação,<sup>15</sup> e com aprovação quase que simultânea da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), que reservou todo um capítulo para tratar “da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público” (Capítulo II, arts. 32 a 40).

A Lei nº 14.133/2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, consolida, em definitivo, o emprego amplo e quase irrestrito dos meios alternativos de resolução de controvérsias nos contratos administrativos (Capítulo XII, do Título III; arts. 151 a 154 da Lei).

### 3 Os meios alternativos de solução de controvérsias na Lei nº 14.133/2021

#### 3.1 Tribunal Multiportas (art. 151, *caput*)

Aderindo ao sistema multiportas de solução de conflitos, estabelece o *caput* do art. 151 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos que,

[n]as contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

É, na feliz síntese de Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, “como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação; ou da conciliação; ou da arbitragem; ou da própria justiça estatal”.<sup>16</sup>

Não é em todas as ADRs<sup>17</sup> que a resolução do litígio ocorre de forma consensual. Na arbitragem, por exemplo, a controvérsia é equacionada por um terceiro (o árbitro), imparcial e especialista na temática controvertida, o qual, nos limites da

<sup>15</sup> A propósito, reza o §1º do art. 1º da Lei nº 9.307/96, com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015: “§1º. A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

<sup>16</sup> CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*); “Mediação sem mediador”. In: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 710.

<sup>17</sup> Da sigla em inglês “Alternative Dispute Resolution”.

convenção arbitral, de forma semelhante ao juiz estatal, decide quem tem razão, aplicando o direito ao caso concreto. Diz-se, nesse sentido, que a arbitragem é método heterocompositivo de solução de litígios.

Já os *dispute boards*, também conhecidos como Comitês de Resolução de Disputas, são órgãos colegiados, geralmente formados por três *experts*, indicados pelas partes no momento da celebração do contrato, que têm por objetivo acompanhar a execução dos termos do ajuste, em tempo real, com poderes para emitir recomendações e/ou decisões, conforme o caso.<sup>18</sup> Utilizados de forma pioneira nos Estados Unidos na década de 1970, durante a construção do Eisenhower Tunnel, no Colorado, os *dispute boards* podem representar um importante instrumento para a prevenção de controvérsias e redução do custo de transação, especialmente nos contratos de grande vulto econômico e de maior complexidade técnica, como aqueles que têm por objeto obras e serviços de engenharia.

Uma diferença evidente entre a arbitragem e os *disputes boards* está no fato de que, no primeiro caso, a disputa será submetida ao árbitro, que não acompanha a execução do contrato, ao qual caberá dirimir, em definitivo, o litígio já instaurado, ao passo que, no segundo caso, a controvérsia será dirimida pelo colegiado de *experts*, escolhido antes mesmo da existência de qualquer controvérsia, para acompanhar a execução do contrato, com melhores condições, em tese, de prevenir e solucionar problemas, em virtude da redução da assimetria de informações e da celeridade da decisão. Um (a arbitragem) tem por objetivo pôr fim ao conflito já conflagrado; o outro (*dispute boards*) tem por objetivo prevenir o surgimento de eventual litígio.

Por fim, a mediação, a conciliação e a negociação são formas autocompositivas de resolução de conflitos. Nelas, as partes, com ou sem o auxílio de um terceiro, solucionam suas controvérsias consensualmente. Na negociação, as próprias partes, mediante diálogo e sem a intervenção de terceiro, buscam diretamente chegar a um termo quanto ao litígio. Enquanto isso, tanto na mediação quanto na conciliação, um terceiro (o mediador ou o conciliador), neutro e imparcial, auxilia as partes na composição do conflito.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Sobre o tema, vide: WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os *dispute boards*. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 2, n. 6, 9-24, jul./set. 2005; VAZ, Gilberto José; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os *Dispute Boards* e os contratos administrativos: são os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública? In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 10, n. 38, jul./set., 2013, p. 131-147; SOUSA, Antonio Luis Pereira. *Dispute boards*. In: *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, ano 2, n. 3, jan./jun., 2020, p. 71-156. Na forma do regulamento da *International Chamber of Commerce (ICC)*, existem três espécies de *dispute boards*: a) *Dispute Review Boards (DRBs)*: emitem recomendações sobre determinada controvérsia, sem caráter vinculante imediato; b) *Dispute Adjudication Boards (DABs)*: decidem as controvérsias contratuais, com caráter vinculante; e c) *Combined Dispute Boards (CDBs)*: emitem recomendações e, em determinados casos, decidem disputas contratuais. Disponível em: [iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/](http://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/). Acesso em: 14 abr. 2021.

<sup>19</sup> Veja-se, a respeito das diferenças entre negociação, mediação e conciliação: GARCEZ, José Maria Rossani. *ADRS: Métodos alternativos de solução de conflitos: análise estrutural dos tipos, fundamentos e exemplos na prática nacional/internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 13-22 e 29-72.

Mediação e conciliação, contudo, não se confundem. A distinção é sutil: enquanto na mediação<sup>20</sup> o terceiro (mediador) deve levar as partes, elas próprias, a construir o caminho para o acordo, sem influir diretamente nas escolhas feitas, na conciliação permite-se que o conciliador exerça um papel mais ativo na condução do diálogo, apresentando sugestões às partes na busca da solução consensual. Nada obstante, para os fins da Lei nº 13.140/2015, “considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (art. 1º, parágrafo único),<sup>21</sup> não tendo havido, por parte do legislador, a preocupação, ou qualquer rigor técnico, em diferenciar os dois institutos. Assim, para a Lei de Mediação, mediação e conciliação se equiparam, para todos os efeitos legais. E mais: a mediação poderá ser feita pela via eletrônica, inclusive por aplicativo especificamente confeccionado para tal fim, nos termos do art. 46<sup>22</sup> da Lei.

A doutrina,<sup>23</sup> de forma relativamente uniforme (com pequenas variações), costuma apontar as seguintes vantagens na adoção dos métodos não adversariais (ou consensuais) de solução de conflitos: (i) celeridade na resolução do conflito; (ii) significativa redução de custos com o litígio; (iii) minimização das incertezas quanto ao resultado; (iv) confidencialidade do procedimento (o que deve ser visto com reservas, considerando a presença da Fazenda Pública como parte); e (v) preservação do relacionamento das partes envolvidas no conflito. Reconhece-se, também, que a adesão a métodos consensuais de resolução de litígios gera uma boa imagem pública para os interessados.

Como se vê, é tudo que tanto o particular quanto o Poder Público poderiam almejar: que os conflitos sejam resolvidos com rapidez, ao menor custo possível, com a preservação do relacionamento existente entre as partes e controlando-se minimamente o resultado da disputa. Além disso, tem-se, como efeito direto da opção pela adoção de uma nova cultura de resolução de conflitos, uma melhora de imagem junto ao seu público.

<sup>20</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2014, p. 54.

<sup>21</sup> Esclarecem Humberto Dalla e Marcelo Mazzola que, para que se possa falar em mediação, três elementos essenciais devem estar presentes, obrigatoriamente: (i) existência de sujeitos em conflitos; (ii) clara contraposição de interesses; e (iii) um terceiro neutro capacitado a facilitar a busca pelo acordo. *Vide*: DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 50.

<sup>22</sup> “Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.”

<sup>23</sup> Por todos, *vide*: MERLO, Ana Karina França. Mediação, conciliação e celeridade processual. *In: Âmbito Jurídico*, 01 de outubro de 2012. Disponível em: [ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/mediacao-conciliacao-e-celeridade-processual/](http://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/mediacao-conciliacao-e-celeridade-processual/). Acesso em: 26 mar. 2021.

Perceba-se, por relevante, que o rol indicado no *caput* do art. 151 é meramente exemplificativo. Logo, nada impede a adoção, justificadamente, de outros métodos extrajudiciais de solução de conflitos, distintos da conciliação, da mediação, da arbitragem e do *dispute board*. Nesse sentido, a própria Lei nº 13.140/2015, em seu art. 32, prevê a possibilidade de criação, nas três esferas da Federação, de “câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública”, com competência, entre outras, para: “avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público” (inciso II); “promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta” (inciso III); e “a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares” (§5º). Prevê ainda, em seu art. 35, a interessante e eficiente figura da transação por adesão, em âmbito federal, instrumento voltado para a celebração de acordos em conflitos repetitivos e, muitas vezes, massificados. Com efeito, por resolução administrativa, pode a Administração Federal estabelecer os requisitos e as condições para que todos os particulares, que se encontrem em situação idêntica, possam aderir ao acordo proposto.

### 3.2 Limites objetivos ao uso das ADRs nas contratações estatais (art. 151, parágrafo único)

Diz o art. 151, parágrafo único, que os meios alternativos de prevenção e resolução de litígios poderão ser aplicados

[...] às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Acrescenta, ainda, o art. 138 da Lei que a extinção dos contratos poderá ser “consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração” (inciso II), precedida, neste caso, “de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente” (§1º), bem como por “por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral” (inciso III).

Como se vê, inteligentemente, o legislador assentou, de antemão, que se inclui no conceito de direitos patrimoniais disponíveis tudo aquilo que envolva a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contrato, o inadimplemento de obrigações contratuais, o cálculo de indenizações e a própria extinção dos ajustes celebrados com a Administração Pública.



Poderia a Lei nº 14.133/2021 – é verdade – ter se utilizado da fórmula genérica consagrada no art. 1º, §1º, da Lei nº 9.307/1996, com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015, relegando a delimitação do alcance da expressão “direitos patrimoniais disponíveis” para a doutrina e a jurisprudência. A linguagem adotada pelo parágrafo único do art. 151, todavia, além de revelar que o rol ali referido é meramente exemplificativo, já engloba, na prática, a maior parte das possíveis controvérsias que podem surgir no bojo dos contratos celebrados com a Administração Pública.

De mais a mais, ao assim fazer, evitou o legislador a conhecida celeuma, em âmbito teórico e pretoriano, a respeito da suposta incompatibilidade do conceito de direitos patrimoniais disponíveis com o princípio da indisponibilidade do interesse público.<sup>24</sup> Com isso, confere-se maior segurança jurídica ao emprego das vias extrajudiciais de solução de litígios nos contratos administrativos, sem se fechar a porta para outros possíveis conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, não previstos expressamente na lei.

Cabe esclarecer, por relevante, que a previsão constante do parágrafo único do art. 151 não exclui o emprego das vias consensuais de resolução de conflitos, como a mediação, a conciliação e mesmo a negociação, na esfera de tutela dos direitos difusos e coletivos, de cunho indisponível, e nem no campo da improbidade administrativa. Apenas que, em tais hipóteses, terá aplicação a legislação específica, nas condições ali mencionadas. Assim, permanece em vigor a possibilidade de celebração de termos de ajustamento de conduta (art. 5º, §6º,<sup>25</sup> da Lei nº 7.347/1985), de

<sup>24</sup> A propósito do tema, com enfoque nos desafios existentes para a utilização do juízo arbitral na solução de conflitos com a Administração Pública: “Muito mais complexo, no entanto, é o debate a respeito dos conflitos que podem ser objeto de arbitragem nas relações com a Administração Pública. A lei enuncia que a arbitragem poderá ser utilizada ‘para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis’ [...]. Isso porque, na tradição jurídica brasileira, o interesse público sempre foi enxergado como de natureza indisponível. É o que se convencionou chamar por princípio da indisponibilidade do interesse público. A premissa, aqui, é a de que os bens e interesses da Administração pertencem à coletividade e não aos agentes públicos. Cabe aos servidores públicos, por isso mesmo, gerir e conservar tais bens e direitos, não podendo, evidentemente, deles livremente dispor [...]. Enraizado na doutrina nacional, como um dos pilares do direito administrativo, a indisponibilidade do interesse público era, possivelmente, o principal obstáculo à adoção da arbitragem no seio da Administração Pública. No subconsciente dos publicistas de plantão, somente o Poder Judiciário poderia dirimir os conflitos de interesse que envolvessem a Fazenda Pública. Entregar a prestação jurisdicional, por via contratual (cláusula compromissória), a árbitros privados seria o mesmo que dispor da coisa pública [...]. A referida orientação, todavia, encontra-se atualmente superada, sendo minoritária na doutrina nacional. Não há, como preleciona o Professor e Ministro Eros Roberto Grau, ‘correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público’. Sempre que a Administração Pública contrata uma obra ou serviço, ela pratica atos de disposição de seu patrimônio, mediante o desembolso dos recursos públicos correspondentes [...]. O ato de disposição do patrimônio é praticado, precisamente, para atender a um interesse público finalístico da coletividade. É da essência da atuação administrativa, para a satisfação dos interesses da coletividade, a prática de atos de disposição patrimonial” (SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Arbitragem na administração pública*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 52-56).

<sup>25</sup> “§6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”



acordos de leniência (arts. 16<sup>26</sup> e 17<sup>27</sup> da Lei nº 12.846/2013) e de acordo de não persecução cível (art. 17, §1º,<sup>28</sup> da Lei nº 8.429/1992).

### 3.3 Arbitragem de direito (art. 152)

Reproduzindo a regra constante do art. 2º, §3º,<sup>29</sup> da Lei de Arbitragem (com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015), o art. 152 da Lei nº 14.133/2021 estatui que a arbitragem será sempre de direito.

Como sabido, a regra nas relações contratuais de natureza privada é a autonomia da vontade, estando os indivíduos livres para contratar o que melhor lhes aprouver. A liberdade contratual, entretanto, não é absoluta. Os agentes privados são livres para fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. É a inteligência do princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, II, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.<sup>30</sup>

Como consequência disso, a Lei de Arbitragem enuncia, em seu art. 2º,<sup>31</sup> que as partes, em ajustes privados, têm liberdade para escolher as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, podendo optar, inclusive, pelo julgamento por equidade ou, ainda, que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. A liberdade na escolha das regras aplicáveis encontra limites nos bons costumes e na ordem pública.<sup>32</sup>

O princípio da legalidade, contudo, tem dupla acepção. Ao passo que, para o cidadão, na forma do art. 5º, inciso II, da Carta de 1988, representa uma redoma de proteção contra a intromissão indevida do Estado na sua esfera de liberdade, para a Administração Pública significa que só podem os entes administrativos

<sup>26</sup> “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo [...]”

<sup>27</sup> “Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.”

<sup>28</sup> “§1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.”

<sup>29</sup> “§3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

<sup>30</sup> *Vide*, a respeito do princípio da legalidade: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. (rev. e atual.). São Paulo: Malheiros, 2009, p. 420-430.

<sup>31</sup> “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio [...]”

<sup>32</sup> Nesse sentido: MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso de direito arbitral: aspectos práticos do procedimento*. 2. ed. (rev. e amp.). Curitiba: CRV, 2014, p. 43.

fazer aquilo que a lei autoriza ou determina, conforme consagrado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.<sup>33</sup>

Ou seja: o administrador público, seja ele agente político, seja ele servidor público, está condicionado, em seu atuar, às prescrições legais existentes. Pauta a sua atuação na lei. Faz (ou deveria fazer) aquilo que a lei determina ou autoriza. A lei, ao mesmo tempo que representa uma proteção para o cidadão contra abusos estatais, oferece segurança jurídica ao agente público quanto à licitude dos atos praticados, no exercício de suas funções.

Ora, se a Administração Pública está obrigada a atuar nos limites do direito posto, é natural que eventuais conflitos em que se envolva sejam dirimidos com base no direito aplicável. Seria um contrassenso exigir do Poder Público que atue em consonância com as normas jurídicas em vigor e, ao mesmo tempo, julgar os seus atos com base em regras de equidade. Lembre-se: o Poder Público, diferente dos particulares, não tem liberdade de escolha; não pode atuar por equidade (ainda que a sua atuação, finalisticamente, tenha por objetivo a satisfação de interesses públicos de cunho primário, como é o caso da realização da justiça). Logo, eventuais conflitos em que se envolva devem ser dirimidos com base nos princípios da legalidade e da juridicidade. Bastante feliz, portanto, foi o legislador ao reafirmar que as arbitragens que envolvam a Administração Pública serão sempre de direito.

### 3.4 O princípio da publicidade (ainda o art. 152)

É corriqueira na doutrina a afirmação de que Administração Pública, em sentido objetivo, corresponde à atividade de gerir os interesses da coletividade. Significa dizer que os agentes públicos, no exercício de suas funções, administram e zelam por interesses que não lhe pertencem (de titularidade da sociedade) e, como tal, não apenas devem prestar contas de seus atos, como estão, ainda, sujeitos ao controle social.<sup>34</sup>

Reconhecendo isso, o constituinte de 1988 consagrou, entre os princípios reitores da atividade administrativa do Estado, o princípio da publicidade (*vide* art. 37, *caput*, da Constituição). A publicidade dos atos administrativos, com a consequente transparência que dela vem a reboque, como bem anota Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “guarda estreita relação com o princípio democrático (art. 1º da

<sup>33</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 89. Em sentido semelhante: SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 427-428. E ainda: BARROSO, Luís Roberto. *Sociedade de economia mista prestadora de serviço público*. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. II. p. 615-616.

<sup>34</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 11 e 34. No mesmo sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 85.

CRFB), possibilitando o exercício do [controle] social sobre os atos públicos”.<sup>35</sup> A atuação sigilosa do Estado, desprovida de transparência, é típica dos regimes autoritários; não encontra respaldo no ambiente democrático.

Eis a razão de o legislador ordinário, ao promover a reforma da Lei de Arbitragem, ter associado a instauração de arbitragem nas relações com a Administração Pública ao princípio da publicidade: a necessidade de controle social e de fiscalização dos atos administrativos. Sempre que surgir uma eventual controvérsia envolvendo a Fazenda Pública haverá o interesse da coletividade na solução que a ela for dada. Daí a necessidade de se respeitar o princípio da publicidade nas arbitragens que envolvam a Fazenda Pública, nos precisos termos do que já dispunha o art. 2º, §3º,<sup>36</sup> da Lei nº 9.307/96, com a redação atribuída pela Lei nº 13.129/2015. É também o que preconiza a parte final do art. 152 da Lei nº 14.133/2021.

A consequência lógica disso é que, diferentemente do que ocorre nas arbitragens privadas, não será possível a contratação da rotineira confidencialidade nas arbitragens que envolvam a Administração Pública.<sup>37</sup>

Cabe perquirir, neste ponto, a quem compete o dever de publicidade: se é um dever exclusivamente estatal ou se recai também sobre os árbitros e eventual entidade especializada indicada para gerir o procedimento arbitral. Induvidosamente, o princípio da publicidade insculpido no art. 37 da Carta de 1988 dirige-se, única e exclusivamente, à Administração Pública, a quem cabe por ele zelar, assegurando aos cidadãos amplo acesso às informações e documentos que versem sobre o exercício da atividade administrativa do Estado. Nesse sentido, a prática das entidades especializadas – não é de hoje – tem sido a de entender que o dever de publicidade recai, tão somente, sobre o Poder Público. A câmara arbitral seria uma mera prestadora de serviços e, por consequência, na qualidade de contratada, nenhuma obrigação teria de dar publicidade aos seus atos e, muito menos, ao procedimento arbitral que por ela é administrado.<sup>38</sup> É assim – perceba-se – com todo e qualquer prestador de serviços ou fornecedor de produto que possua vínculo contratual com o Estado. Competiria, portanto, à própria Administração Pública a tomada de providências para dar transparência à arbitragem, publicando no Diário Oficial os principais atos praticados no curso do procedimento arbitral, como o teor da sentença final, sem prejuízo de assegurar a eventuais interessados a obtenção de cópia das peças e

<sup>35</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 29.

<sup>36</sup> “§3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

<sup>37</sup> FITCHNER, José Antonio. A confidencialidade no projeto da nova Lei de Arbitragem – PLS nº 406/2003. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 184.

<sup>38</sup> Já tive a oportunidade de defender perspectiva oposta. Vide: SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Op. cit.*, p. 58-65.

documentos que instruem os autos arbitrais. É a orientação que se saiu vencedora na I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, do Conselho da Justiça Federal, conforme se extrai do seu Enunciado 4:

Na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, §3º, da Lei n. 9.307/1996, observado o disposto na Lei n. 12.527/2011, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro.

Em sentido semelhante, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, estabelece o art. 13, §2º, do Decreto nº 46.245/2018 que cabe à Procuradoria do Estado a disponibilização dos atos do processo arbitral mediante requerimento de eventual interessado, podendo a instituição arbitral “informar a terceiros sobre a existência da arbitragem, a data do requerimento de arbitragem, o nome das partes, o nome dos árbitros e o valor envolvido” (art. 13, §5º).

Isso não quer dizer, no entanto, que as partes estejam obrigadas a publicar seus segredos comerciais, desenhos industriais, patentes e outros documentos e informações sigilosas. A publicidade não é um princípio absoluto, podendo ser relativizada, quando em antinomia com outras normas constitucionais, de igual hierarquia. A decretação do sigilo (ou segredo de justiça arbitral) poderá justificar-se por três razões distintas: (i) por força da existência no processo de documentos, informações ou dados que possam colocar em risco a segurança da sociedade ou do Estado; (ii) quando a divulgação da informação, ou da matéria objeto de litígio, puder importar em ofensa a direitos individuais da parte privada, como segredos comerciais, patentes, informações fiscais ou os respectivos livros comerciais; e, (iii) por fim, quando a divulgação da informação, ou da matéria objeto de litígio, colocar em risco direitos de terceiros, de natureza sigilosa.<sup>39</sup>

As informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, por sua vez, só poderão permanecer em segredo de justiça se classificadas como ultrassecretas, secretas ou reservadas, nos termos e na forma dos arts. 23 e 24 da Lei nº 12.527/2011. Não é papel do Tribunal Arbitral, evidentemente, classificar como sigilosos, ou não, os documentos trazidos pelo Poder Público ao procedimento arbitral. Não há, neste particular, qualquer margem de discricionariedade para o árbitro. Caso a informação tenha sido classificada como sigilosa pelo Estado, conforme o procedimento estatuído pela Lei de Acesso à Informação,

<sup>39</sup> Em sentido semelhante, no Estado do Rio de Janeiro, é a dicção do art. 13, *caput*, do Decreto nº 46.245/2018: “Os atos do processo arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo, de segredo de justiça, de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público”.

deverá o Tribunal Arbitral decretar o sigredo de justiça ou, ao menos, preservar o sigilo da informação. Do contrário, prevalecerá o princípio da publicidade.

Bem diversa é aquela situação em que o Tribunal Arbitral se depara com pedido da parte privada para que o procedimento arbitral corra em sigredo de justiça, por conter informações sigilosas, de sua titularidade ou de terceiros, tais como segredos comerciais, desenhos industriais, prontuários médicos, documentos fiscais, contratos celebrados com terceiros, dotados de cláusula de confidencialidade etc. Neste cenário, caberá ao árbitro, como juiz de fato e de direito da causa, zelar pelos direitos da parte privada, resguardando a confidencialidade da informação, inclusive mediante a decretação, se necessário, do sigredo do procedimento arbitral.<sup>40</sup>

Como é intuitivo, não pode o árbitro decretar o sigilo, ou o sigredo de justiça, sem que tenha sido formulado pedido a esse respeito por qualquer das partes. O árbitro não age de ofício. A decretação do sigilo, além de ser matéria estranha ao mérito do procedimento arbitral, é exceção nas arbitragens que envolvam a Administração Pública, somente podendo ser admitida se tiver sido formalmente requerida por qualquer das partes e, naturalmente, desde que presente justificativa legal (e constitucional) para tanto.

É perfeitamente possível, ademais, que a proteção do sigilo não possa aguardar a formação do Tribunal Arbitral, quer porque a informação tenha que constar, desde logo, do requerimento de instauração da arbitragem (o que é algo raro), quer porque o interesse envolvido seja de tamanha relevância que o requerente não possa assumir o risco de ter a informação indevidamente divulgada. Em tais circunstâncias, pode a parte interessada recorrer ao Judiciário para resguardar seu direito, inclusive se servindo da medida cautelar de que trata o art. 22-A da Lei nº 9.307/96, nela acrescido pela Lei nº 13.129/2015. Pode, também, em se tratando de arbitragem institucional, postular a decretação do sigilo pela câmara gestora.

Aliás, é recomendável que o Poder Executivo e, igualmente, as câmaras institucionais regulamentem a publicidade nos respectivos procedimentos arbitrais, indicando, inclusive, as hipóteses e a forma pela qual o sigilo será decretado. Isso muito facilitará o trabalho dos árbitros e evitará que fiquem receosos de decretá-lo. É de suma importância, ainda, que existam regras disciplinando a forma de acesso ao procedimento e de divulgação dos atos processuais. É assim nos processos judiciais e, igualmente, nos processos administrativos. É pleno o acesso às informações, mas existe um rito para que os interessados obtenham as cópias necessárias. E apenas alguns atos processuais precisam ser publicados em diário

<sup>40</sup> Na mesma linha, estabelece o art. 13, §4º, do Decreto nº 46.245/2018, do Estado do Rio: “O tribunal arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por quaisquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes”.

oficial, sobretudo o termo de arbitragem (ou um extrato dele) e a sentença arbitral. A publicidade exigida nas arbitragens com a Administração Pública não pode implicar na ineficiência da via arbitral.

### 3.5 Possibilidade de aditamento contratual (art. 153)

Estabelece o art. 153 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos que “[o]s contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias”.

Perceba-se, por relevante, que o aditamento poderá ter por escopo a inserção no contrato administrativo de convenção de arbitragem, de cláusula de mediação ou, ainda, de cláusula voltada para a instituição de comitê de resolução de disputas (*dispute board*). Admite-se, ainda, a alteração do contrato para nele inserir-se cláusula escalonada, com a previsão, por exemplo, da tentativa de solução da controvérsia por meio de mediação, antes da instauração da arbitragem (cláusula med-arb). Escalonada, com efeito, é a convenção contratual que estabelece, ordenadamente, a adoção de distintos métodos de solução extrajudicial de litígios, na forma e nas etapas estipuladas pelas partes.<sup>41</sup>

A referida disposição legal encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, por acórdão da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, já se manifestou o STJ pela validade de compromisso arbitral celebrado pela Administração Pública, mesmo na falta de previsão no edital de licitação do emprego da arbitragem como método de solução de conflitos.<sup>42</sup> No mesmo sentido, reza o Enunciado 2 da I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, do CJP: “Ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral”.

<sup>41</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação e tribunal multiportas*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 188.

<sup>42</sup> “[...] 5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos. 6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente. 7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame. 8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável. 9. A controvérsia estabelecida entre as partes – manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral. 10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raíais da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais

### 3.6 Processo de escolha dos árbitros e dos membros dos *dispute boards* (art. 154)

O árbitro não é um prestador de serviços. É, na exata letra do art. 18 da Lei nº 9.307/96, “juiz de fato e de direito” da causa, exercendo função jurisdicional. Não possui relação contratual com os litigantes e nem, tampouco, com a instituição arbitral eventualmente nomeada para administrar o conflito. A relação do árbitro com as partes, muito diferente disso, é de natureza institucional. Exatamente por isso, não há que se falar em licitação para a escolha dos membros do painel arbitral.

É necessário, ainda assim, que se fixem parâmetros mínimos que orientem os agentes públicos na indicação, quando da instauração da arbitragem, tanto do árbitro único, quanto do respectivo coárbitro (em se tratando de tribunal arbitral), até para evitar escolhas imorais ou por mero capricho pessoal. Nessa linha, prescreve o art. 154 da Lei nº 14.133/2021 que o “processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes”.

Isso vale também para o processo de escolha dos membros do comitê de resolução de disputas: isonomia, especialização e transparência.

Isonomia aqui significa que, no procedimento arbitral, deverá ser assegurado às partes igualdade de condições no processo de nomeação dos árbitros (ou dos membros do comitê), sem qualquer privilégio, para qualquer dos polos processuais. Assim, no caso de árbitro único, a indicação deverá ser feita conjuntamente pelas partes. Se os litigantes não chegarem a um consenso quanto ao árbitro a ser indicado, a nomeação deverá ser feita pela câmara eleita (em se tratando de arbitragem institucional<sup>43</sup>), nos termos do respectivo regulamento, ou, em se tratando de arbitragem *ad hoc*, pelo Judiciário, na forma do art. 7º, §4º,<sup>44</sup> da Lei de Arbitragem. Ao passo que, quando a arbitragem for processada e julgada por órgão colegiado, caberá a cada uma das partes a indicação do respectivo coárbitro e estes, por sua vez, escolherão o Presidente do Tribunal Arbitral. Por fim, conforme orientação fixada no célebre caso *Dutco*,<sup>45</sup> na hipótese de arbitragem multiparte, havendo

célere. 11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia. 12. Recurso especial não provido” (STJ, Terceira Turma, REsp 904.813/PR, Relator Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20.10.2011, *DJe* de 28.02.2012).

<sup>43</sup> Sobre a distinção entre arbitragem institucional e arbitragem *ad hoc*, vide: MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Op. cit.*, p. 64.

<sup>44</sup> “§4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.”

<sup>45</sup> Corte de Cassação de Paris, *Dutco Construction Co. v. Siemens AG-BKMI*, 1992. Sobre o tema, confira-se: TUCCL, José Rogério Cruz e. Igualdade é assegurada às partes na composição do painel arbitral. In: *Consultor Jurídico*, 5 de agosto de 2014. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-ago-05/igualdade-assegurada-partes-composicao-painel-arbitral](http://www.conjur.com.br/2014-ago-05/igualdade-assegurada-partes-composicao-painel-arbitral). Acesso em: 31 jan, 2021. Veja-se, ainda, na doutrina



impasse em qualquer dos polos da relação processual a respeito do árbitro a ser indicado, todos os integrantes do Tribunal Arbitral deverão ser nomeados pela instituição arbitral ou, em caso de arbitragem *ad hoc*, pelo Judiciário, de molde a se preservar a igualdade no procedimento.

O processo de escolha dos árbitros deverá, ademais, levar em consideração critérios técnicos. Preocupou-se o legislador, neste particular, em assegurar que uma das reconhecidas vantagens na adoção da via arbitral seja respeitada: a especialização dos julgadores. De nada adianta para a Administração Pública fazer uso do juízo arbitral e, no momento de nomear o árbitro para a causa, indicar alguém que nada entende do assunto. Não se pode deixar de considerar, outrossim, que a exigência de rigor técnico na indicação do coárbitro, pelo ente estatal, reduz os riscos de escolhas voltadas ao atendimento de interesses estritamente pessoais e imorais, em desvio de finalidade.

Finalmente, é essencial que se estabeleça um procedimento transparente de nomeação dos árbitros, pela Administração Pública, de modo a viabilizar a fiscalização das escolhas feitas. Para tanto, é recomendável a regulamentação do tema pelo Poder Executivo, por decreto ou resolução administrativa, que leve em consideração as especificidades administrativas do ente estatal, de modo a definir a autoridade competente para a escolha do coárbitro, a qualificação técnica a ser preenchida, mandatoriamente, por aqueles que sejam indicados para o exercício da função pelo Estado e o procedimento aplicável à indicação.

### 3.7 O papel e a escolha das câmaras de arbitragem

A Lei nº 14.133/2021 omitiu-se a respeito de um importante aspecto da arbitragem, se institucional ou *ad hoc*, deixando a definição do tema para oportuna regulamentação, pelo Poder Executivo.

Na dicção de Joaquim de Paiva Muniz,

[...] as arbitragens podem ser processadas perante uma entidade administradora pré-constituída (*rectius*, arbitragem institucional ou administrada) ou por um árbitro ou painel de árbitros nomeados exclusivamente para aquele fim, sem a administração de qualquer *entidade* (i.e., arbitragem *ad hoc* ou avulsa).<sup>46</sup>

internacional: BORN, Gary B. *International arbitration: law and practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012, p. 230.

<sup>46</sup> MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Op. cit.*, p. 64.



A arbitragem institucional é flagrantemente mais apropriada para dirimir os conflitos que tenham o Poder Público como parte. Não é sem razão que o art. 4º da Lei Mineira de Arbitragem (Lei nº 19.477/2011, do Estado de Minas Gerais) já há muito estabelece que “o juízo arbitral, para os fins desta Lei, instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional”. Em termos idênticos, o art. 2º do Decreto nº 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro, informa que a “arbitragem instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional”. Ao passo que o art. 3º, V, do Decreto Federal nº 10.025/2019 dispõe que “a arbitragem será, preferencialmente, institucional” e, na mesma linha, o art. 3º do Decreto nº 64.356/2019, do Estado de São Paulo, prescreve que a “arbitragem será preferencialmente institucional, podendo, justificadamente, ser constituída arbitragem ‘ad hoc’”.

Ana Lucia Pereira<sup>47</sup> enumera alguns dos problemas que podem surgir em função da opção pela arbitragem *ad hoc*: (i) a necessidade de se ter um “secretário”, selecionado de comum acordo pelas partes, que ficará responsável “pelo encaminhamento das comunicações, pelo arquivo do procedimento, pelo saneamento da arbitragem, de modo que esta possa se desenvolver normalmente, sem nenhum incidente de percurso”; (ii) a negociação dos honorários dos árbitros diretamente pelas partes, sem o órgão institucional arbitral para intermediá-la e sem os parâmetros estabelecidos pelas respectivas tabelas de honorários; (iii) a definição da forma como serão custeadas e pagas as despesas com a arbitragem, como a locação de espaços e equipamentos para a audiência, estenotipia, gravação dos depoimentos etc.; (iv) a importância de se inserir no contrato administrativo cláusula compromissória cheia, com a indicação detalhada dos procedimentos a serem seguidos para a instauração da arbitragem, inclusive dos prazos e dos critérios para a nomeação de árbitros, entre outros; (v) a ausência de procedimento disciplinando a forma de substituição dos árbitros, em caso de impedimento, incapacidade ou morte.

Tudo isso resulta em um procedimento bem mais moroso, juridicamente inseguro e com risco real e efetivo de desafogar no Judiciário, a fim de que possam ser resolvidas eventuais divergências a respeito da instauração da arbitragem *ad hoc* e da formação do Tribunal Arbitral. Basta pensar em um caso em que o requerido, para protelar o procedimento arbitral, recuse-se a indicar o seu coárbitro, ou, ainda, que se negue a pagar as despesas com a arbitragem e os honorários dos árbitros. É possível vislumbrar, também, situação hipotética (mas realista) em que os coárbitros não consigam chegar a um consenso a respeito do presidente

<sup>47</sup> PEREIRA, Ana Lucia. A função das entidades arbitrais. In: *Manual de arbitragem para advogados*. CEMCA/CFOAB, 2015, p. 88.

do Tribunal Arbitral. A solução de tais questões vai exigir o ajuizamento da ação de cumprimento prevista no art. 7<sup>º</sup> da Lei de Arbitragem, recaindo sobre o Poder Judiciário a responsabilidade por dirimir o conflito. Com isso, desaparecem (ao menos em parte) os benefícios inerentes à adoção da via arbitral.

O modelo institucional minimiza as chances de o procedimento arbitral desaguar na esfera judicial. Nele, compete às câmaras (órgãos arbitrais institucionais), na forma dos respectivos regulamentos, a tomada de tais decisões (e tantas outras indispensáveis ao salutar desenrolar da arbitragem, quanto à: nomeação, confirmação, impugnação e substituição dos árbitros; fixação do valor dos honorários correspondentes; verificação quanto à existência *prima facie* de jurisdição arbitral; e, até mesmo, extensão subjetiva da cláusula compromissória a partes não indicadas e/ou terceiros etc.).<sup>48</sup>

A instituição arbitral nada mais é do que um prestador de serviços, numa relação envolvendo a Administração Pública. Ainda assim, não há que se falar em prévia licitação para a contratação dos serviços a serem executados. A dificuldade, aqui, reside em definir critérios que permitam medir a competitividade entre os eventuais interessados em prestar os serviços de gestão de procedimentos arbitrais. O preço é um fator importante, sem sombra de dúvida. Assim como o é a qualidade técnica dos serviços a serem prestados. Poder-se-ia supor, à vista disso, que o melhor modelo, para a contratação de instituição arbitral, seria a realização de licitação do tipo “técnica e preço”, na forma do art. 33, III, da Lei de Licitações.

Ocorre que é virtualmente impraticável definir critérios objetivos que sirvam para medir, tecnicamente, a melhor proposta. A atuação das instituições arbitrais engloba não apenas a prestação de serviços de secretaria, semelhantes (em termos, evidentemente) aos de um cartório judicial, mas em especial – e o que é mais importante – a tomada de decisões nos procedimentos arbitrais, com a assessoria de arbitralistas altamente qualificados, especialistas no direito arbitral e conhecedores das melhores práticas nacionais e internacionais, de sorte a assegurar que a arbitragem tenha regular processamento. Nesse sentido, incide na hipótese a regra do art. 74, *caput* e inciso III, da Lei nº 14.133/2021,<sup>49</sup> ficando autorizada a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de entidade com notória especialização na gestão de procedimentos arbitrais, comprovada pela anterior e adequada prestação dos serviços respectivos, conforme exigência contida no §3<sup>º</sup> do referido dispositivo legal.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Op. cit.*, p. 64.

<sup>49</sup> “Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de: [...] III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização.”

<sup>50</sup> “§3º Para fins do disposto no inciso III do *caput* deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho

Nada obstante, ainda que seja aqui inviável medir a competitividade, o fato é que existem no Brasil algumas (ainda que poucas) instituições arbitrais com notória experiência e especialização na gestão de procedimentos arbitrais. Assim, uma alternativa interessante para fomentar a competição entre elas na prestação de tais serviços é a utilização da figura do credenciamento, prevista no art. 79 da nova Lei de Licitações. Todas as entidades que atendam às exigências mínimas estabelecidas pelo Poder Executivo, em ato regulamentar, podem postular o seu credenciamento.<sup>51</sup> A escolha da instituição arbitral, entretanto, não poderá ficar a critério da Administração Pública. A indicação da câmara de arbitragem, entre aquelas que obtiverem o credenciamento, deve ficar a cargo do particular.<sup>52</sup>

Naturalmente, os requisitos e condições para o credenciamento devem estar previstos em regulamento editado pela Administração Pública. A Lei Mineira de Arbitragem, por exemplo, exige que a entidade arbitral atenda às seguintes exigências, para que possa funcionar nos litígios envolvendo a Administração Pública Estadual: (i) que tenha sede, preferencialmente, no estado de Minas Gerais; (ii) que esteja regularmente constituída há pelo menos três anos; (iii) que esteja em funcionamento como instituição arbitral; (iv) que tenha como fundadora, associada ou mantenedora entidade que exerça atividade de interesse coletivo; e (iv) que tenha reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.<sup>53</sup>

---

anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”

<sup>51</sup> Foi a solução adotada pelo art. 10 do Decreto Federal nº 10.025/2019: “Art. 10. O credenciamento da câmara arbitral será realizado pela Advocacia-Geral da União e dependerá do atendimento aos seguintes requisitos mínimos: I – estar em funcionamento regular como câmara arbitral há, no mínimo, três anos; II – ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais; e III – possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa. §1º O credenciamento de que trata o caput consiste em cadastro das câmaras arbitrais para eventual indicação futura em convenções de arbitragem e não caracteriza vínculo contratual entre o Poder Público e as câmaras arbitrais credenciadas. §2º A Advocacia-Geral da União disciplinará a forma de comprovação dos requisitos estabelecidos no caput e poderá estabelecer outros para o credenciamento das câmaras arbitrais.”

<sup>52</sup> A propósito da figura do credenciamento, leciona Marçal Justen Filho o seguinte: “Note-se que a Administração não impõe aos particulares a escolha do profissional a ser consultado. Nada impede que um profissional credenciado seja o único escolhido por todos os beneficiários e que outros não sejam procurados por quem quer que seja. Nas situações de credenciamento, verifica-se inexigibilidade de licitação, em virtude de inviabilidade de competição, que se verifica por dois fundamentos. Por um lado, há ausência de exclusão entre os possíveis interessados. Por outro, a escolha do particular a ser contratado depende de critérios variáveis e insuscetíveis de uma comparação objetiva” (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 49).

<sup>53</sup> “Art. 10. A câmara arbitral escolhida para compor litígio será preferencialmente a que tenha sede no Estado e deverá atender ao seguinte: I – estar regularmente constituída por, pelo menos, três anos; II – estar em regular funcionamento como instituição arbitral; III – ter como fundadora, associada ou mantenedora entidade que exerça atividade de interesse coletivo; IV – ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais. §1º As intimações relativas à sentença arbitral e aos demais atos do processo serão feitas na forma estabelecida pelas partes ou no regulamento da instituição arbitral responsável pela administração do procedimento.”

Não há – reconheça-se – uma fórmula aprioristicamente correta para o tratamento do tema. É possível, todavia, indicar desde logo alguns parâmetros mínimos a serem observados no ato que, eventualmente, vier a regulamentar o credenciamento de instituições arbitrais para a gestão de conflitos envolvendo o Poder Público. Assim, com efeito, é indispensável que se exija da entidade a comprovação de prévia e efetiva experiência na gestão de procedimentos arbitrais. Fundamental, também, é que a instituição arbitral possua a infraestrutura necessária para a gestão de arbitragens, como sala de audiência com a tecnologia necessária e salas de apoio para testemunhas e peritos. Não há espaço aqui para aventureiros e nem principiantes. A dimensão econômica dos litígios que desaguam em uma arbitragem e o interesse público envolvido nas causas que envolvem a Administração Pública não permitem que se coloque em risco o bom e regular andamento do procedimento arbitral, com a escolha de uma entidade incapaz de prestar os serviços correlatos.

## 4 Conclusões

A Lei nº 14.133/2021 consolida, em definitivo, o emprego amplo e quase irrestrito dos meios extrajudiciais de resolução de controvérsias nos contratos administrativos, atraindo para a esfera das contratações estatais a “Justiça Multiportas”, também chamada de “Tribunal Multiportas”.

É ato normativo que confere a necessária segurança jurídica para a implementação de uma nova cultura de solução de litígios na Administração Pública. Ao mesmo tempo em que reproduz regras já em vigor no ordenamento jurídico, em especial no campo da arbitragem, a Lei estabelece novas e relevantes diretrizes, tanto no que diz respeito às matérias que poderão ser objeto de solução na esfera extrajudicial, quanto no que concerne ao processo de escolha de árbitros e membros dos comitês de resolução de disputas.

Sem sombra de dúvida, a mais importante inovação contida na Lei está na previsão de uso dos comitês de resolução de disputas nos contratos administrativos. Também chamados de *dispute boards*, os aludidos comitês podem representar um importante instrumento para a prevenção de controvérsias e redução dos custos de transação nas contratações estatais.

O rol indicado no *caput* do art. 151 é meramente exemplificativo, não havendo qualquer óbice à adoção de outros métodos extrajudiciais de solução de conflitos, distintos da conciliação, da mediação, da arbitragem e do *dispute board*.

---

### Alternative dispute resolution under the new Biddings and Administrative Contracts Act

**Abstract:** On April 1<sup>st</sup>, 2021, Law 14.133/2021, known as the new Law on Bids and Administrative Contracts, was sanctioned. It introduced an entire chapter to regulate the use of alternative dispute resolution methods (Chapter XII, Title III; Articles 151 to 154 of the Law) in the field of state contracts,

establishing in it a true “Multidoor Courthouse”. The present work seeks to analyze the legal rules provided for in articles 151 to 154 of Law 14.133/2021, as well as the practical and legal issues that may arise from the application of the aforementioned legal provisions.

**Keywords:** Alternative Dispute Resolution. Arbitration. Mediation. Dispute Boards. New Biddings and Administrative Contracts Act.

---

---

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

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Os meios alternativos de solução de controvérsias na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 03, n. 06, p. 69-92, jul./dez. 2021. DOI: 10.52028/rbadr.v3i6.4.

---

# The Brazilian Center for Arbitration and Mediation (CBMA) as an appellate sports arbitration institution

## Gustavo da Rocha Schmidt

Gustavo da Rocha Schmidt is CBMA's Executive President since 2015 and one of the Founding Partners of Schmidt Lourenço Kingston office. He is also Public Attorney in Rio de Janeiro and Professor at the Fundação Getulio Vargas – RJ. Gustavo has also a Master Degree in Regulatory Law at Fundação Getulio Vargas and Master of Law by New York University School of Law. He is now Doctorate in Regulatory Law at Fundação Getulio Vargas.

## Natália Ribeiro

Natália de Carvalho Ribeiro is CBMA's Secretary General and responsible to the management of arbitration, Mediation and dispute boards procedures in CBMA since 2017. She is also associated to "CBAr" – Brazilian Arbitration Committee and Certified Lawyer on Medation by "ICFML" – Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos and graduated from Fundação Getulio Vargas – Rio de Janeiro.

## Daniel Brantes Ferreira

Daniel Brantes Ferreira, Ph.D., FCIArb is CBMA's CEO and editor-in-chief of the *Brazilian Journal for Alternative Dispute Resolution*. He is also the Dean of the Graduate Program in Law at Universidade Candido Mendes. He teaches arbitration at Universidade Candido Mendes (BR) and Ambra University (U.S) and is a Fellow at the Chartered Institute of Arbitrators. He is a research fellow at the Baldy Center for Law and Social Policy at the University at Buffalo Law School (U.S) and a research advisor at South Ural State University (Ru).

---

**Abstract:** This paper aims to demonstrate sports arbitration in practice in the Brazilian Center for Mediation and Arbitration (CBMA). For this, we will use an empirical approach, that is, based on practical cases from the National Chamber of Dispute Resolution (CNRD) of the Brazilian Football Confederation (CBF). The methodological approach is thematic and chronological. We will only address sports arbitration appeals related to Brazilian football since 2017, when the CBMA became a CNRD arbitral appeal institution. The analysis criteria are straightforward: the rules of sports arbitration appeal procedure, operation, and data collected from the cases. Through these criteria and qualitative and quantitative methodology, we will reach our conclusions.

**Keywords:** Arbitration. Sports Law. Brazil. Soccer. Brazilian Center for Mediation and Arbitration (CBMA).

**Summary:** **1** Introduction – **2** CBMA's Sports Arbitration History – **3** CBMA Sports Law Rules of Appeal – **4** The New CBMA Sports Law Rules of Appeal – **5** Appellate Sports Arbitration in numbers: from the CNRD to CBMA – **6** Final note

---

## 1 Introduction

This paper aims to demonstrate sports arbitration in practice in the Brazilian Center for Mediation and Arbitration (CBMA). For this, we will use an empirical approach, that is, based on practical cases from the National Chamber of Dispute Resolution (CNRD) of the Brazilian Football Confederation (CBF). The methodological approach is thematic and chronological. We will only address sports arbitration appeals related to Brazilian football since 2017, when the CBMA became a CNRD arbitral appeal institution. The analysis criteria are straightforward: the rules of sports arbitration appeal procedure, operation, and data collected from the cases. Through these criteria and qualitative and quantitative methodology, we will reach our conclusions.

## 2 CBMA's Sports Arbitration History

The Brazilian Center for Mediation and Arbitration is a consolidated ADR chamber founded in 2002 by the following entities: ACRJ – Commercial Association of Rio de Janeiro, FENASEG – National Federation of Private and Capitalization Insurance Companies and FIRJAN – Federation of Industries of the State of Rio de Janeiro. CBMA has great relevance in the Brazilian arbitration scenario, being currently one of the 05 (five) most prominent and respected arbitration chambers in Brazil.

CBMA has adequate facilities, an efficient secretariat, and a specialized technical staff on its board, supporting all procedures under its aegis. In addition, the Center has a panel of arbitrators and mediators of high competence and respectability.

In 2017, the Brazilian Center for Mediation and Arbitration was officially elected by the Brazilian Football Confederation (“CBF”)<sup>1</sup> as a single appellate body to settle conflicts arising from decisions issued by the National Chamber of Dispute Resolution (“CNRD”),<sup>2</sup> CBF’s highest decision-making body.

This achievement began in 2014 with the creation of the when CBMA created the Vice Presidency of Sports Law. The objective was to bring the institution closer to the sport’s segment, which traditionally uses arbitration as a method of conflict

---

<sup>1</sup> 2017 CBF Statute: Art. 128 – Arbitration will be conducted before and under the rules and procedures of the Brazilian Center for Mediation and Arbitration – CBMA, a national and independent chamber of arbitration and mediation, nationwide, headquartered in the city of Rio de Janeiro, at Rua da Candelária, 9, G 803, with jurisdiction for the resolution of sports controversies related to football, as well as the appeal body for CNRD decisions. Retrieved from [https://conteudo.cbf.com.br/cdn/201904/20190409135630\\_807.pdf](https://conteudo.cbf.com.br/cdn/201904/20190409135630_807.pdf)

<sup>2</sup> Official announcement of the opening of the National Dispute Resolution Chamber, which replaces the “Dispute Resolution Committee”. Retrieved from: [https://conteudo.cbf.com.br/cdn/201609/20160920140828\\_0.pdf](https://conteudo.cbf.com.br/cdn/201609/20160920140828_0.pdf)

resolution. In the Brazilian context, however, there was still insufficient attention to the subject concerning the context of sports arbitration.

In this work of approximation, the CBMA identified a window of opportunity to act directly in sports arbitration, since the rules of the Fédération Internationale de Football Association (“FIFA”) provided that the maximum appeal capacity to deal with decisions by sports confederations was the of the Court of Arbitration for Sport (“CAS”),<sup>3</sup> unless a local institution endowed with independence and impartiality was expressly elected in its place.

Thus, as the CBMA is a leading ADR institution in the Brazilian scenario bearing the weight of its founding entities, a dialogue with CBF started through the Vice Presidency of Sports Law, culminating in creating the Rules of Appeal Procedure in Sports Arbitration. That enabled the institution to be elected as competent to manage such appeals.

The choice of CBMA over CAS was positive for several reasons. The first is that CAS headquarters is in Switzerland, making it difficult for Brazilian parties to attend face-to-face hearings. Second, CAS demands that the arbitration fees are paid in Swiss Francs, making the procedure more expensive due to the exchange rate.

The need for lawyers who already had prior knowledge in international arbitration was also an issue in the CAS context. The parties usually felt the need to hire swiss lawyers with previous CAS experience.

Therefore, the emergence of the CNRD / CBMA system appears as a viable alternative because of the notorious cost reduction and efficiency both for sports law and for Brazilian arbitration. It is important to note that CBMA appellate arbitration is an ordinary arbitration procedure. The arbitration award can be constitutive, constructive, declaratory, or condemnatory.

It is worth noting two crucial differences between the CAS and CBMA appellate rules. The first is that the CAS has a closed list of arbitrators, making it impossible for the parties to appoint unlisted arbitrators. Conversely, CBMA has a list of sports law arbitrators merely indicative and relies on the parties’ autonomy to elect any other professional. Thus, CBMA mainly administers the arbitration proceedings and oversees the arbitrator’s appointments.

Another relevant novelty of the CBMA Sports Law Rules of Appeal Procedure is creating the Emergency Arbitrator institute, which has no reference in the CAS rules.

Finally, it is essential to mention a peculiarity of Brazilian law instituted by the so-called “Pelé Act”.<sup>4</sup> Such a rule separates disciplinary rules related to athletes

<sup>3</sup> See CAS’s Code of Procedural Rules. Retrieved from: <https://www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html>

<sup>4</sup> See Act nº 9.615 from 1998, also known as Pelé Act. Retrieved from: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19615consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm)



from other sports law issues, which means that disciplinary issues cannot be the object of arbitration at CBMA. Disciplinary issues are arbitrated solely by the Superior Court of Sports Justice (“STJD”).

In summary, this brief history demonstrates an urgent need to consider a Brazilian appellate body to reassess the decisions of the CNRD. Thus, CBMA, already identified by the market as one of the most renowned and efficient Brazilian arbitration institutions, was officially elected by the CBF in 2017 as the ideal solution for soccer’s sports appellate arbitration chamber.

Thus, the CBMA has been receiving sports arbitrations appeals since 2018,<sup>5</sup> administering such procedures under the aegis of its sports appeal arbitration regulation, created exclusively for this purpose.

### 3 CBMA Sports Law Rules of Appeal

To adapt to the receipt of arbitrations from CNRD, CBMA then created its Sports Appeal Arbitration Rules.<sup>6</sup> Its primary inspiration was the CAS arbitration regulation itself, mentioned above, due to users’ familiarity with the rules.

Thus, CBMA was concerned with maintaining several institutes of the CAS regulations, which will be detailed later and the deadlines of the CAS Code of Procedural Rules. The intention was to make a smooth CAS/CBMA transition.

In this line, let us analyze some of the institutes present in the CBMA Appeals Arbitration Rules, starting with the formation of the arbitral tribunal, set out in article 11<sup>7</sup> of the said regulation.

<sup>5</sup> The first sports arbitration appeal from the CNRD arrived at the CBMA in March 2018. It is important to note that, according to information from the CNRD secretariat, the average duration of a procedure is 12 to 18 months, which explains the receipt of the first appeal just in 2018.

<sup>6</sup> One of the professionals’ perceptions at the forefront of the implementation of sports arbitration at CBMA was that the Centre’s original Arbitration Regulation, applicable to commercial arbitrations, would not accommodate and meet the demand for an appeal arbitration. It was necessary to create new rules focused on the reality that CBMA, in the case of CNRD disputes, would function as an actual appellate body.

<sup>7</sup> “1. Indication of the members of the Arbitral Tribunal or the sole arbitrator 11.1. The Appeal will, as a rule, be submitted to the Arbitral Tribunal composed of 3 (three) arbitrators. The Appeal will only be submitted to a single arbitrator if the parties have signed, or choose to sign, an express agreement to that effect. 11.2. In the case of an Arbitral Tribunal composed of 3 (three) arbitrators, the Appellant must appoint an arbitrator in his Appeal (item 4.5 (d)). In turn, the Respondent must appoint an arbitrator within 10 (ten) days of receiving notification of the Appeal or request that the conflict be submitted to a sole arbitrator (item 6.1). If the Appellant and / or the Respondent fail to appoint an arbitrator on time, the appointment will fall to the President of CBMA. 11.3. The third arbitrator, the Arbitral Tribunal President, will be appointed by the co-arbitrators’ mutual agreement if the Parties have not established another procedure. However, if there is no consensus among the co-arbitrators or the procedure established by the parties does not conclude by designation within the term set by them or by the CBMA, it will be up to the CBMA President to appoint the third arbitrator. The CBMA will resolve any disputes or omissions regarding the appointment of arbitrators by the Parties and the choice of the third arbitrator. 11.4. If the Appeal is submitted to a sole arbitrator, this will be chosen by mutual agreement between the Parties. If the Parties do not reach consensus on the appointment of the sole arbitrator within the term to be defined by the

### 3.1 Formation of Arbitral Tribunal

As is the case in commercial arbitrations, the arbitral tribunal is formed as follows: each party elects a co-arbitrator and the two, together, appoint the president of the arbitral tribunal. CBMA, therefore, would only act in this stage, if (i) one or both of the party (s) expressly state (s) that they do not want to perform the appointment or (ii) if the co-arbitrators do not reach a consensus on the appointment of the president of the arbitral tribunal.<sup>8</sup>

It should be noted that the CBMA's role in the formation of the arbitral tribunal is purely residual and not by chance: the aim of the arbitration institute, be it appeals or not, is to encourage the parties will and their participation in the proceedings to the maximum. Therefore, the choice of the arbitrators is one of the most relevant steps in this process.

### 3.2 Proceedings consolidation

We now move on to the institute to consolidate arbitration proceedings, set out in article 7 of the said regulation. The importance of this institute is made clear not only because it is also provided for in the ordinary rules aimed at commercial arbitrations. In the case of appeal sports arbitration, this provision becomes relevant because we are faced with the existence of a previous decision, which may have winners and losers at the same time.

Therefore, the consolidation of procedures in appeal arbitration is essential. It is the case, for example, of two appeals filed at the same time by the parties that were, to some extent, unsuccessful in the same decision of the CNRD.

In this case, consolidation is more than necessary, as the arbitration institution must guarantee that such demands will be decided jointly and by the same arbitration court. Otherwise, there would be a risk of two different arbitral proceedings – that is – ruled by various arbitral tribunals, generating conflicting decisions.

By the end of the year 2020, the CBMA had to carry out 1 (one) consolidation between two appellate arbitration procedures, in which the parties appealed from the same decision in different procedures. Thus, CBMA carried out the consolidation right at the beginning of the proceedings, enabling the two demands to be forwarded to the same arbitration tribunal elected by the parties.

---

CBMA, the sole arbitrator will be appointed by the President of the CBMA." Retrieved from: <http://www.cbma.com.br/arquivos/anexos/Regulamento%20de%20Arbitragem%20Esportiva%20%20Recursal%20-%20v%C3%A1lido%20a%20partir%20de%2010.10.2019.pdf>

<sup>8</sup> This hypothesis has already occurred within the scope of the CBMA and will be demonstrated later on, in the chapter dealing with the numbers and data collected by the Center so far.

Therefore, if arbitration consolidation is relevant in commercial arbitrations, it becomes utterly indispensable in sports appellate arbitrations. Thus, the role of the arbitral institution in observing the need for this consolidation, when it occurs, is even more relevant to avoid the impasses above.

### 3.3 The Emergency Arbitrator

The emergency arbitrator institute is undoubtedly one of the worthiest of note, especially in Brazilian sports law. The emergency arbitrator appears, in the CBMA Appeal Arbitration Regulation, in the article that deals with “interim measures”.<sup>9</sup>

In commercial arbitrations, the figure of the emergency arbitrator appears in several, but not all, arbitration regulations. That is because the emergency arbitrator is nothing more than an arbitrator appointed to resolve an urgent matter, which cannot wait for the course of the arbitration or the formation of the court. Thus, the emergency arbitrator would be appointed by the CBMA to resolve only this urgent matter. His jurisdiction will indeed cease when the arbitral tribunal is formed. In addition, the arbitral tribunal now formed may accept or reform the decision previously rendered by the emergency arbitrator.

The absence of the emergency arbitrator, in turn, obliges the parties to request the interim measure prior to the formation of the arbitral tribunal to the local Judicial Court, as is commonly the case in commercial arbitrations. It turns out that, different from the scope of commercial arbitration, Brazilian sports law is historically quite opposed to the intervention of the State Judiciary in its field. That is because Brazilian sports law has particular rules and legislation and the fact that a large part of the decisions is made in the administrative area (as is the case of the CNRD created to settle CBF disputes).

If an emergency arbitrator is just recommended for commercial arbitration, conversely, it is indispensable for appellate sports arbitration. So much so that the CBMA Appeal Rules for Sports Arbitration brings the figure of the emergency arbitrator as the only chance of obtaining urgent measures before the formation of the arbitral tribunal. Unlike commercial arbitrations, there is not the possibility to request the interim measures to the Judiciary.

<sup>9</sup> “3. Interim measures 3.1. A request for any interim or conservatory measures before the formation of the Arbitral Tribunal, will be applicable, both before and after the formation of the Arbitral Tribunal. If the request is made before the formation of the Arbitral Tribunal, an emergency arbitrator will be appointed by the CBMA, under the terms of this Regulation. After its formation, the competence to confirm, revoke or consider requests for temporary protection will be the responsibility of the Arbitral Tribunal. ” Retrieved from: <http://www.cbma.com.br/arquivos/anexos/Regulamento%20de%20Arbitragem%20Esportiva%20Recursal%20-%20v%C3%A1lido%20a%20partir%20de%2010.10.2019.pdf>

The emergency arbitrator is a critical feature in Sports Arbitration Rules in the Brazilian context. Its existence guarantees the unity of the arbitration institute and the security of the different players of sports law in Brazil.

## 4 The New CBMA Sports Law Rules of Appeal

In October 2019, the CBMA revised its Sports Law Rules of Appeal Procedures based on the sports law community feedback. The changes in question refer, in summary, to a focal point of the Regulation: costs.

The first implemented change was reducing CBMA fees and arbitration fees, contemplating lower amounts for disputes of diminished value. It was observed that the demands in the case of sports arbitration usually are much lower in amount than the commercial arbitration disputes, so that the adequacy of these values proved to be a critical demand from the Brazilian sports law community.

See, below, the cost tables for 2017 and 2019 for sports arbitrations (amounts in reais):

### CBMA Sports Law Rules of Appeal (2017)

#### 1. Costs, arbitrator fees and expenses with arbitration

1.1. The CBMA Regulation of Costs provisions apply to sports arbitrations appeals, observing the specifics below.

1.2. It will be up to the CBMA President to set the arbitrator (s) fees, considering the complexity of the matter, the amount of the dispute, the urgency of the case and other pertinent circumstances. The fees will be fixed in an amount corresponding to 3% (three percent) of the case's amount, observing the minimum of R\$ 15 thousand (fifteen thousand reais).

1.3. In arbitrations of undetermined value, the President of the CBMA will set the amount of the arbitrator(s)'s fees considering the circumstances of the case, respecting the floor established in article 1.2 above.

1.4. In the case of a sole arbitrator, the fees may be increased by the President of CBMA by up to 20% (twenty percent).

Therefore, it is clear that the arbitrator's fees fixed at 3% of the total arbitration amount turned the costs quite unpredictable, especially in higher amounts. The procedure administration fee, in turn, was not even specific for sports arbitrations, referring to the fees applicable to commercial arbitrations.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> See CBMA's schedules of costs for Commercial Arbitrations at: <http://cbma.com.br/us/index.php?t=pagina&a=pagina&cd=44>

### CBMA Sports Law Rules of Appeal Procedure (2019)

The new regulation, in turn, provides an explanatory table on the amounts that will be borne both in relation to CBMA fees and the arbitrator's fees:

#### Administration Fees

Sum in Dispute (R\$)	Administration Fee
Up to R\$ 500 thousand	R\$ 12 thousand
Up to R\$ 1 million	R\$ 18 thousand
Up to R\$ 3 millions	R\$ 25 thousand
Up to R\$ 5 millions	R\$ 38 thousand
Up to R\$ 10 millions	R\$ 55 thousand
Up to R\$ 25 millions	R\$ 90 thousand
Up to R\$ 50 millions	R\$ 120 thousand
Above R\$ 50 millions	R\$ 160 thousand

#### Arbitrator's Fees

Sum in Dispute (R\$)	Maximum Fees
Up to R\$ 500 thousand	R\$ 15 thousand
Up to R\$ 1 million	R\$ 30 thousand
Up to R\$ 3 millions	R\$ 60 thousand
Up to R\$ 5 millions	R\$ 90 thousand
Up to R\$ 10 millions	R\$ 135 thousand
Up to R\$ 25 millions	R\$ 200 thousand
Up to R\$ 50 millions	R\$ 256 thousand
Above R\$ 50 millions	Arbitrated by CBMA

As can be seen, the table with the forecast of the amounts involved in the arbitration generates much greater predictability and comfort for the parties involved.

In addition, the main change in the new CBMA Appeals Arbitration Rules is the provision that the party who will bear the costs of the appeals procedure will always be the Appellant.<sup>11</sup>

In the previous regulation, both parties' mandatorily shared the costs. The innovation of the 2019 Regulation is precisely the fact that, currently, only the Recurring party bears the costs of the procedure. This change was a demand of the sports sector because it imposes on the losing party solely the burden of carrying the costs of the arbitration procedure.

<sup>11</sup> 4.6. When filing the Appeal, the Appellant must present proof of payment of the registration fee and administration fee provided for in the Rules of Costs for Sports Arbitrations.

In short, these are the main points of the CBMA Appeal Arbitration Rules that deserve emphasis. The next item, in turn, will be dedicated to the core of the matter, namely: the empirical demonstration of how sports arbitration has been developing at CBMA over the years.

## 5 Appellate Sports Arbitration in numbers: from the CNRD to CBMA

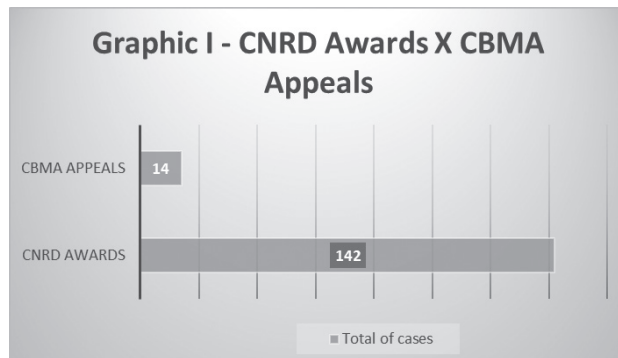
We will now analyze the relevant data that the CBMA has collected so far in its experience over a little more than 3 (three) years as a sports law appellate institution. For the sake of clarity, the delimitation of the object of this analysis is the rendering of the first CNRD arbitration award,<sup>12</sup> in 2017 when CBMA was already provided for as the appellate arbitration institution.

### 5.1 Awards rendered by CNRD X Appeals received by CBMA

The first data that is important to demonstrate is the number of awards rendered by the CNRD compared to the number of appeals that reach the CBMA year by year:

Year/Institution	2017	2018	2019	2020
<b>CNRD Awards</b>	11	32	44	55
<b>CBMA Appeals</b>	–	4	8	2

In general, the number of decisions rendered by the CNRD that give rise to an appeal to the CBMA would be as follows:



<sup>12</sup> According to information from the CNRD Secretariat, the first award rendered by the CNRD dates from March 29, 2017.

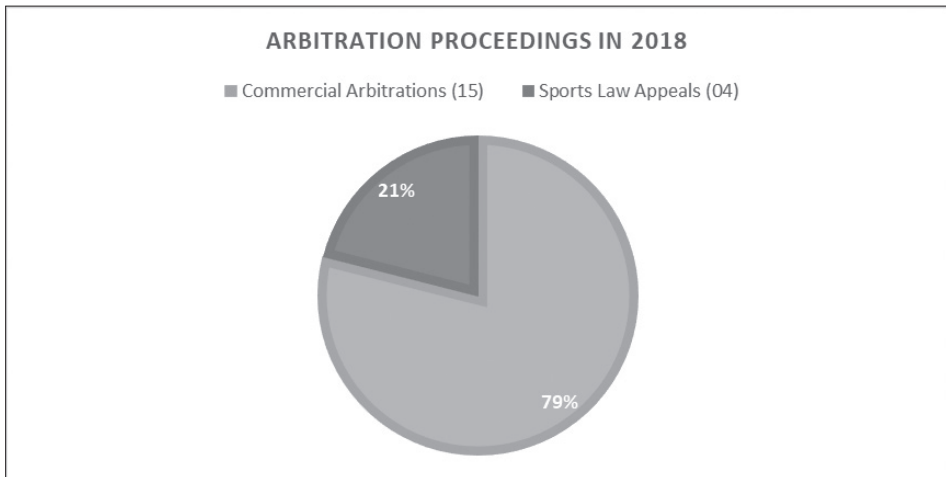
The relation between the awards rendered by CNRD that are an object of appeal at CBMA represents about 10%<sup>13</sup> of the number of cases. The low percentage of appeal indicates some points:

1. The amount of costs is not negligible and prevents requests with the sole purpose of postponing the award enforcement.
2. The parties, as a rule, are satisfied with the efficiency of the CNRD.
3. The amount in dispute must be relevant so that the appeal benefits are more significant than the risk of bearing the costs.

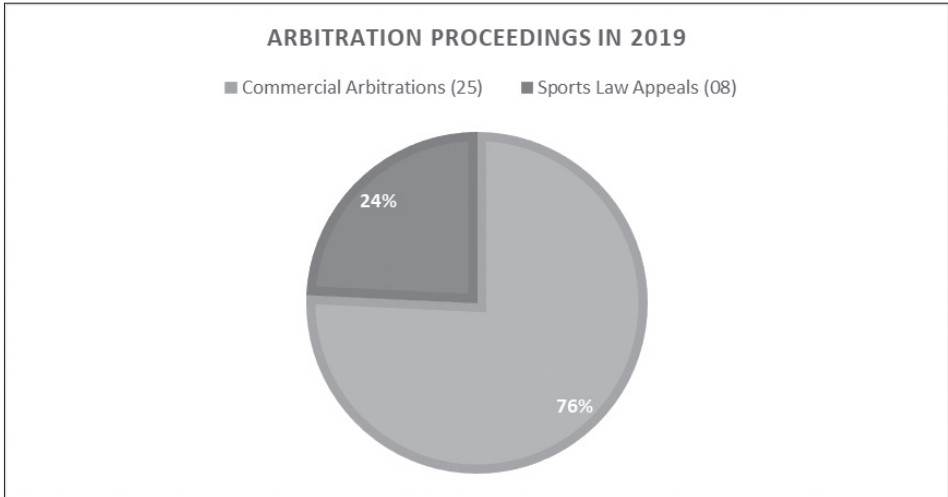
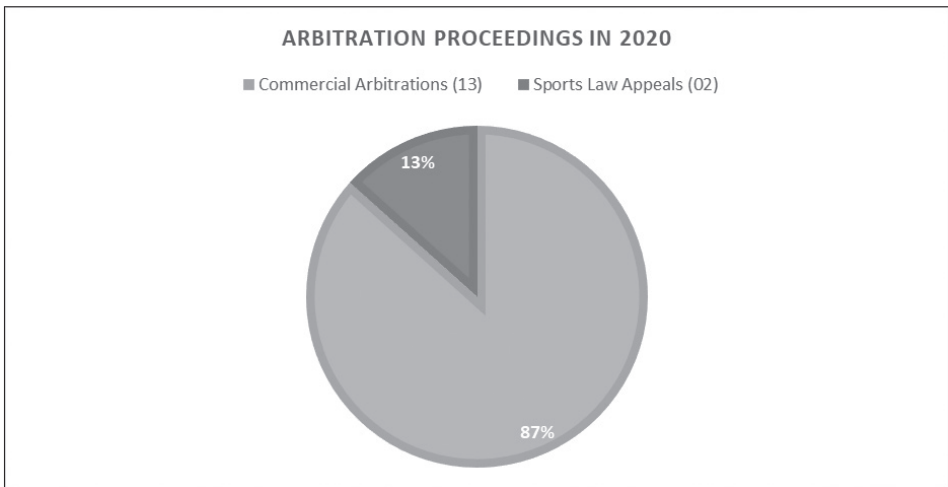
## 5.2 Appellate Sports Arbitration and its impact at CBMA's arbitration numbers

Another piece of information that can be collected about the numbers related to sports arbitrations in appeals at CBMA is the numerical impact of these cases concerning the total number of arbitrations (appeals or not) that CBMA received over the same period. It is as seen in the graphs below:

### 2018



<sup>13</sup> The calculated percentage value is approximately 9.86%.

**2019****2020**

In general, CBMA received in these 03 (three) years: 53 (fifty-three) arbitration proceedings, in which 14 (fourteen) of them were sports law appeals. Such data demonstrate that appellate sports arbitrations represent 26.41% of the arbitration procedures received by CBMA, that is, more than  $\frac{1}{4}$  of the total number of arbitrations received in the defined period.

In addition to the number of arbitration proceedings, it is also relevant to mention the amount of the amount involved in the appeal sports disputes that reached CBMA until 2020. The sum of the 14 disputes in the Brazilian currency represents R\$25,047.620.70 (twenty-five million, forty-seven thousand, six hundred



and twenty reais and seventy cents). Considering the total number of appeals, such amount corresponds to an average of R\$1,789,115.76 per arbitration (one million, seven hundred and eighty-nine thousand, one hundred and fifteen reais and seventy-six cents) per case.

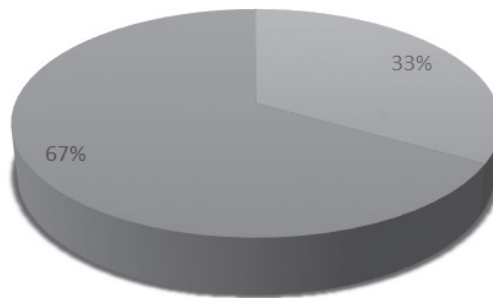
### 5.3 Appellate Sports Arbitration cost payment issues

Another crucial topic in the context of the sports arbitrations conducted by the CBMA is the payment of the costs of the procedure, especially concerning the arbitration fees that must be paid at the award rendering.

For this data analysis, only 12 (twelve) out of the 14 (fourteen) appellate arbitrations are considered since the two most recent (from 2020) are ongoing proceedings.

Among the 12 (twelve) appeal arbitrations analyzed, CBMA identified that in 06 (six), there were problems with payment of costs, which corresponds to 50% of the total cases under analysis. Regarding payment issues, we can visually separate them into two major groups:

#### Issues with Costs Payments



- The arbitration did not proceed and was extinguished due to the lack of payment
- There was a delay in the release of the arbitral award until the parties paid off the amounts due

#### 5.3.1 Blue Group – The arbitration procedure was archived

In 02 (two) of the 06 (six) cases analyzed, the procedure was unable to proceed due to the deliberate default of the parties to continue bearing the costs of the process.

In the first case, where the costs were still shared between the parties, they reached an agreement. There was already a face-to-face hearing scheduled, and the parties refused to pay the proportional arbitrator's fees. In addition, the parties also did not bear the amount owed to the CBMA as administrative fees for the procedure.

In the second case, in which the new Appellate Arbitration Regulation was in effect, the costs of the proceedings were already paid exclusively by the Appellant. After the formation of the arbitral tribunal, the Appellant requested several deadlines for payment at the stage of charging the arbitrators' fees. CBMA granted those deadlines with the agreement of the arbitral tribunal.

After a few months, the party was requesting further extensions without delivering any payment, at which point the arbitral tribunal decided to terminate the procedure without rendering the final award.

### **5.3.2 Orange Group – There was a delay in the payment of costs and, consequently, a delay in the delivery of the arbitral award to the parties**

First, it is essential to point out that, under the provision of the Sports Law Rules of Appeal Procedures, the release of the arbitration award to the parties is subject to the complete discharge of all costs related to that case.<sup>14</sup>

Arbitration institutions around the world widely apply this measure. Withholding the award until the settlement of any cost amounts ends up working as a coercive mechanism to ensure that the parties bear the charges due. The parties will feel compelled to pay the fees since they are interested in receiving the arbitral award.

In the 04 (four) cases under analysis, the arbitration award was rendered within the established period, and the decision was duly sent to CBMA. Nevertheless, CBMA held the award until the party paid the amount due.

Among the 04 (four) cases that this exact situation occurred, in 1 (one) of them, the Recurring party made the payment promptly, seven days after being informed that CBMA had received the award.

In the other 03 (three) cases, there was a considerably longer delay in the payment of costs. Despite the various charges by the CBMA, the arbitral tribunal needed to issue a Procedural Order reinforcing the need for compensation and calling the parties' attention to the possible sanctions or fines resulting from

---

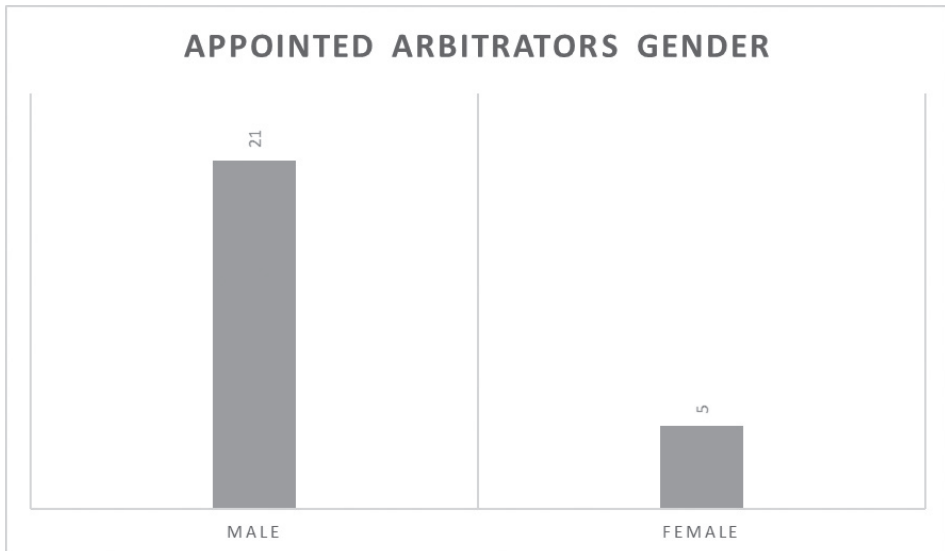
<sup>14</sup> "21.5. CBMA may postpone the disclosure to the parties of the arbitral award, until full payment of all costs, expenses and fees." Retrieved from: <http://www.cbma.com.br/arquivos/anexos/Regulamento%20de%20Arbitragem%20Esportiva%20%20Recursal%20-%20V%C3%A1lido%20a%20partir%20de%2010.10.2019.pdf>

such a delay and even extinction of the procedure. Despite the need for more drastic measures and the unnecessary delay generated at the end of the arbitral proceedings, the costs were finally paid. The arbitral awards were released to the parties.

#### 5.4 Female participation in sports appeal arbitration – Number of arbitrators and arbitrators appointed

Another point that deserves attention is the issue of gender diversity.

Among the arbitrations analyzed in this study, the CBMA has, so far, 26 different arbitrators' appointments.<sup>15</sup> Within these 26 names, there were 21 appointments for male arbitrators and 05 appointments for female arbitrators:



The numbers in question still demonstrate a substantial disparity between the nominations of male and female names to exercise the role of arbitrators in the procedures under analysis. It is worth mentioning that the evolution of these numbers depends a lot on the CBMA services users since it is the parties who choose the co-arbitrators who will act in the dispute. The co-arbitrators, jointly, choose the president of the arbitral tribunal.

<sup>15</sup> The mention of "different arbitrators" is relevant to clarify that here we consider the people who have already been effectively appointed and not any possible indications from the same professional who may have occurred more than once. The total number of appointments already made, considering the names that repeat themselves, is 37.

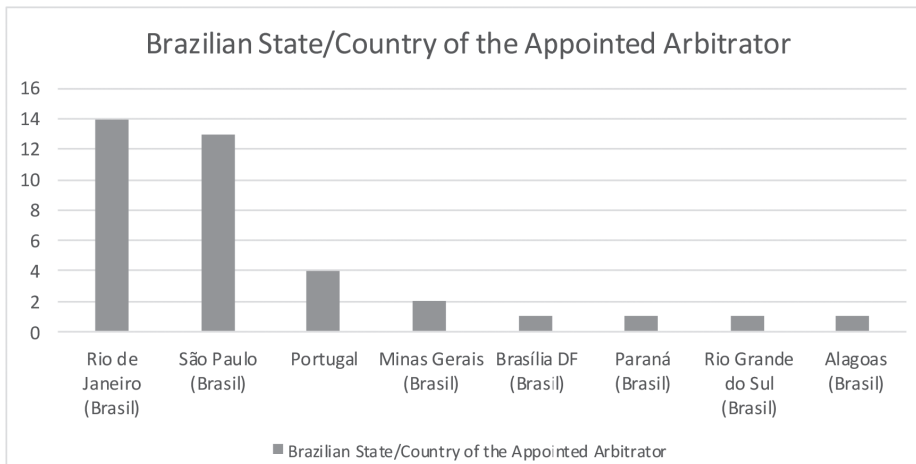
The issue of gender diversity is a matter of extreme relevance for the CBMA, which is also a signatory to the *ERA Pledge – Equal Representation in Arbitration*.<sup>16</sup> This institution cares for gender diversity in arbitration. It is worth noting that, among the 14 appellate arbitrations analyzed, the CBMA was tasked with making the appointment of an arbitrator only once. The arbitrators did not reach a consensus on the name to preside over the arbitral tribunal. In this one opportunity, when the CBMA was responsible for nominating the president of the arbitral tribunal, the Center appointed a female professional.

### 5.5 Regionality of appointed arbitrators

Finally, it is necessary to bring the data related to the regionality of the arbitrators who have been acting in CBMA’s appeals arbitration procedures within the timeframe defined for this research. It is essential to bring some nuances to the context of Brazilian sports law before presenting these figures.

Despite being a national institution, CBF has its headquarters in the city and state of Rio de Janeiro. CBMA, in turn, is also based in Rio de Janeiro. When CBF elected CBMA as an appeal body able to receive the awards of the CNRD, there was a concern about the possibility of excessive centralization of this process in the state of Rio de Janeiro, which would not be desirable for institutions that operate nationwide.

However, the experience of the CBMA so far demonstrates that this regionalization has not occurred excessively. The arbitrator’s appointments come from the most varied states of Brazil and even from abroad:<sup>17</sup>



<sup>16</sup> CBMA is a signatory of the *ERA Pledge* since 2017. See more information at: <http://www.arbitrationpledge.com/organisations>

<sup>17</sup> A região do árbitro indicado leva em consideração o endereço e área de atuação do profissional.

The 37 arbitrator's appointments performed so far include professionals from 07 different Brazilian states and even from other countries (Portugal). The problem of excessive regionalization in the state of Rio de Janeiro, with arbitrators only from the CBMA host state (Rio de Janeiro), therefore, has not been confirmed according to the data collected so far.

## 6 Final note

We achieved the objective of this paper. By analyzing the history of sports arbitration at CBMA, the regulation of sports arbitration appeals, and the data collected in the last three years, we have demonstrated the success of the CNRD / CBMA Brazilian football sports arbitration system. The ecosystem of Brazilian sports law has increasingly relied on arbitration to settle its disputes, and, consequently, the growth in the number of arbitrations is notorious.

As we have seen, through the analysis of numbers, some points must be looked at with greater attention by the sports law community, such as the increase of women's appointments as arbitrators. However, we have already seen an improvement in this matter.

Sports Law arbitration is distinct from commercial arbitration, and therefore only higher sum disputes have reached the appeal stage.

In short, the growth is notorious, and the arbitral institutions have their doors open to listen to the sports law community. That is the main reason why CBMA enacted a new set of rules for appellate sports arbitration in 2019.

---

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

SCHMIDT, Gustavo da Rocha; RIBEIRO, Natália; FERREIRA, Daniel Brantes. The Brazilian Center for Arbitration and Mediation (CBMA) as an appellate sports arbitration institution. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 03, n. 06, p. 93-108, jul./dez. 2021. DOI: 10.52028/rbadr.v3i6.5.

---

# As cláusulas de *earn-out* e a mediação

**Gustavo Pires Ribeiro**

Mestrando em Resoluções Alternativas de Controvérsias Empresariais pela Escola Paulista de Direito – EPD. Advogado.

---

**Resumo:** As cláusulas de *earn-out* são frequentemente utilizadas em transações de compra e venda de empresas, possibilitando que o vendedor receba um complemento de preço caso sejam atingidas determinadas metas pactuadas com o comprador. Porém, definir tais metas e apurar o seu cumprimento não é tarefa simples, e são inúmeras as disputas decorrentes da utilização deste mecanismo contratual. Analisaremos como a mediação pode contribuir para a redução do volume de disputas relacionadas às cláusulas de *earn-out*.

**Palavras-chave:** Mediação. Fusões e aquisições. *Earn-out*.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** A cláusula de *earn-out* – **3** Definição de metas para o pagamento do *earn-out* – **4** Acompanhamento das metas para o pagamento do *earn-out* – **5** Utilização da mediação na solução dos conflitos relacionados ao pagamento do *earn-out* – **6** Conclusão – Referências

---

## 1 Introdução

A realização da venda de uma empresa pode representar o ápice da jornada do empreendedor, a recompensa por anos de dedicação, persistência e coragem; afinal, para empreender é preciso muita coragem, especialmente no Brasil que, com a sua burocracia peculiar, instabilidade jurídica e alta carga de tributos exige do empreendedor muita resiliência.

Negociar os termos da venda de uma empresa não é tarefa simples, considerando todos os aspectos financeiros, legais e emocionais envolvidos. A complexidade da operação, usualmente, é proporcional ao tamanho da empresa a ser vendida e a quantidade de sócios envolvidos na transação.

São inúmeros os casos em que a negociação se arrasta por meses, até que se chegue a um denominador comum e a transação seja concretizada. Se empreender é uma jornada, vender a empresa é última etapa da maratona do empreendedorismo.

Nesse contexto, um mecanismo é frequentemente utilizado para viabilizar que as operações de compra e venda de empresas aconteçam: o pagamento de um complemento de preço, denominado na língua inglesa por *earn-out*, que será devido se ocorrerem determinados eventos futuros pactuados entre o comprador e o vendedor.

A pactuação do *earn-out* pode decorrer de motivos diversos, tais como:

- (i) a necessidade de manter o vendedor envolvido na gestão da empresa durante determinado período após a consumação da venda;
- (ii) para que o vendedor auxilie na integração da empresa vendida com a empresa compradora;
- (iii) para evitar que ocorra a perda de número expressivo de clientes em razão da saída do vendedor da empresa; ou
- (iv) viabilizar que o preço pretendido pelo vendedor para realizar a venda seja atingido, ainda que sujeito ao pagamento de parcelas futuras do preço de aquisição.

Ocorre que as metas financeiras estabelecidas para que o *earn-out* seja devido ao vendedor, em regra, estão sujeitas aos impactos de diversas questões que não estão mais sob o controle do vendedor, ou seja, não há garantia alguma de que o pagamento do complemento de preço efetivamente será devido.

Assim como os noivos que fazem juras de amor na expectativa de um dia finalmente consumarem a união definitiva (e supostamente eterna) através do casamento, compradores hábeis recorrentemente seduzem vendedores com cláusulas de *earn-out*, pautados na promessa de uma nova e próspera sociedade entre si, com a diferença de que já está claro entre ambos que se esta união ocorrer, ela será provisória, com prazo de validade previamente estabelecido.

O que geralmente não é dito pelo comprador, ao menos de forma explícita, e é ignorado pelo vendedor, com maior frequência do que se esperaria, é que o comprador deseja ter total autonomia e liberdade para gerir a empresa adquirida da forma que lhe melhor convir, inclusive implantando diversas mudanças e medidas que poderão impactar diretamente no atingimento das metas estabelecidas para o pagamento do *earn-out*. O vendedor, por outro lado, subestima ou simplesmente não se dá conta de que o controle dos rumos da empresa não será mais seu, ainda que lhe seja dito, mesmo que sutilmente, que ele estará no banco do passageiro e não mais no volante.

Ora, a solução para o problema parece ser simples: basta definir metas que estejam condicionadas exclusivamente ao desempenho do vendedor. No entanto, quando se trata de alguém que ocupa um cargo na alta gestão, definir metas que justifiquem o pagamento de um valor relevante, como tende a ser um *earn-out* sedutor, requer considerar o cumprimento de objetivos coletivos e a geração de resultados que justifiquem economicamente a recompensa entregue ao vendedor.

Nesse contexto, o que era para ser a solução de diversos problemas, com bastante frequência acaba se tornando o maior deles. De um lado encontra-se o vendedor, frustrado pois não recebeu o *earn-out* – parcial ou integralmente – a depender da forma como foram estruturadas as condições para o seu pagamento, em razão do não cumprimento de metas que foram impactadas por questões que

estavam fora do seu controle, como o aumento expressivo das despesas operacionais da empresa, por exemplo. Do outro lado está o comprador, amparando-se nas condições pactuadas no contrato de compra e venda e na sua autonomia para implantar o seu plano de negócio como justificativa para todas as medidas tomadas na gestão da empresa que impactaram no não cumprimento das metas estabelecidas para o pagamento do *earn-out*.

É claro que socorrer-se de bons advogados para a elaboração do contrato de compra e venda da empresa, evitando redações dúbias, imprecisas ou incompletas, é medida recomendável para evitar futuras discussões quanto aos termos que foram pactuados entre as partes. Porém, para viabilizar a transação pretendida, não é incomum as partes optarem, deliberadamente, por obrigações não estruturadas com o nível de detalhamento necessário ou simplesmente projetarem contratualmente um horizonte de atingimento de metas mais otimista do que ele realmente tem chance de ser.

O deslinde desta tortuosa e complexa relação acaba sendo o conflito. Nos contratos mais sofisticados de compra e venda de empresa, como é o caso daqueles que preveem cláusula de *earn-out*, muitas vezes envolvendo o potencial pagamento futuro de quantias substanciais ao vendedor, o mais comum é as partes estabelecerem contratualmente que qualquer disputa relacionada à transação será dirimida por arbitragem, a conhecida cláusula compromissória, que pode prever, inclusive, que a instauração da arbitragem somente ocorrerá mediante a prévia tentativa de conciliação em procedimento de mediação (as denominadas cláusulas “med-arb”).

No entanto, assim como as cláusulas de *earn-out* mal estruturadas, as mediações compulsórias têm efetividade muito questionável, por uma razão muito simples: as partes estão sendo forçadas a tentar a composição, atitude que é diametralmente oposta ao princípio fundamental deste mecanismo de resolução de conflitos, que é o genuíno e espontâneo interesse das partes em construir o consenso de forma conjunta, com o apoio de um facilitador (o mediador).

Deste modo, exploraremos neste artigo os fatores mais usuais que originam os conflitos decorrentes das cláusulas de *earn-out* e eventuais medidas para mitigar tais riscos, assim como a mediação pode ser mais bem utilizada na resolução destes conflitos, contribuindo para o desenvolvimento pacífico das atividades empresariais.

## 2 A cláusula de *earn-out*

A estruturação de uma operação de compra e venda de empresa é um processo complexo, que pode levar meses, até anos para ser executado com sucesso. Podemos dizer que em determinados casos esse processo inicia-se quando



são definidas entre os sócios as regras aplicáveis à compra e venda das ações ou quotas representativas do capital social da empresa investida (para fins didáticos, doravante denominadas por “participação societária”). A depender do perfil do empreendedor, vender a participação societária em determinado momento pode ser o objetivo primordial do investimento em si; em outros casos, a venda pode decorrer de motivos diversos como a falta de sucessão na condução do negócio, dificuldades financeiras da empresa, interesse em obter liquidez para investir em outro segmento ou simplesmente o surgimento de uma proposta financeira irrecusável. Sobre as razões que podem dar origem à transação de compra e venda de uma empresa, comenta Eduardo Luzio:

Uma Transação pode nascer anos antes de sua materialização, quando o futuro Vendedor desenvolve uma percepção sobre sua empresa, o mercado de atuação e/ou sua vida pessoal que o motiva vender o Alvo. A Transação também pode ter sido resultado de uma análise de reposicionamento estratégico de um grupo de empresas, que decide vender uma de suas subsidiárias. [...]

Em geral, a motivação para a Transação pode ter causas explícitas e implícitas. Todavia, vale ressaltar que a motivação implícita pode estar no inconsciente do Vendedor e do Comprador.<sup>1</sup>

Conforme vimos acima, os motivos para que transação ocorra podem ser diversos, sendo importante sempre ter em mente que comprador e vendedor possuem interesses opostos em relação ao preço de aquisição da empresa objeto da compra e venda.

Para os fins deste artigo consideraremos a “transação” com sendo a compra e venda de participação societária que represente a totalidade do capital social da empresa investida, sendo essa de titularidade de um único sócio. Limitamos o escopo da transação dessa forma para focarmos naquele que é o principal objeto deste estudo: o pagamento do preço de aquisição e os conflitos decorrentes das cláusulas de *earn-out*.

Em qualquer compra e venda, a estipulação do preço é requisito essencial do negócio pois na sua ausência, juridicamente, estaríamos diante de operação de outra natureza, como o comodato, permuta ou doação, por exemplo.

Quando o objeto da venda é participação societária, podemos analisar o preço sob duas perspectivas: do comprador e do vendedor.

Sob a perspectiva do comprador, o preço é definido levando em conta, dentre outros aspectos, a perspectiva de retorno do investimento a ser realizado

<sup>1</sup> LUZIO, Eduardo. *Fusões e aquisições em ato* – Guia prático: geração e destruição de valor em M&A. São Paulo: Cengage Learning; Rio de Janeiro: Editora Senac, 2014, p. 4.

considerando a capacidade de geração de receitas da empresa, a importância estratégica do ativo, a possibilidade de captura de sinergias, a necessidade de manter o vendedor envolvido na gestão da empresa por determinado período após a venda, os passivos e contingências da empresa e as obrigações de indenizar do vendedor.

Do lado do vendedor, todos os aspectos já mencionados também se aplicam, mas há um critério subjetivo muito relevante que invariavelmente entra na conta: o valor emocional do negócio. Para o vendedor pode haver um componente de formação de preço que não é possível quantificar utilizando-se de alguma metodologia de avaliação de empresas. O valor final da empresa é aquele que lhe traz conforto para se desfazer da empresa que é fruto de anos do seu trabalho e empenho.

Sobre esse aspecto emocional das negociações, é pertinente recorrermos aos ensinamentos de Daniel Shapiro, psicólogo e professor do curso de negociação da prestigiada Universidade de Harvard, nos Estados Unidos da América, que assim comenta:

A negociação é muito mais do que uma articulação racional. Seres humanos não são computadores. Além de ter interesses substantivos, você faz parte da negociação. Suas emoções e as das outras pessoas estão em jogo.<sup>2</sup>

Embora o aspecto emocional não deva ser ignorado (pelo contrário), a utilização de assessores financeiros e jurídicos nas operações de compra e venda de empresa, em regra, contribuem fortemente para que a discussão do valor da participação societária em negociação seja pautada em critérios objetivos, muito embora exista certo grau subjetividade nos principais métodos de avaliação de empresas. Projetar como será o desempenho futuro de um empreendimento está longe de ser uma ciência exata, considerando-se as inúmeras variáveis que podem impactar a empresa como inflação, recessão econômica, aumento da concorrência, tributação e capacidade de atração e retenção de talentos, apenas para citar alguns.

No entanto, apesar de existirem diversos indicadores que podem trazer objetividade ao processo de avaliação do preço de uma empresa, sob a perspectiva do vendedor, há uma pergunta essencial a ser respondida: quanto seria um valor justo para recompensar todo o investimento de tempo e recursos que foram por ele dispendidos na empresa até então?

A depender da idade do vendedor, a compra e venda em discussão pode ser a primeira e última da sua vida. Em outros casos, a empresa em venda pode

<sup>2</sup> SHAPIRO, Daniel; FISHER, Roger. *Além da Razão*. A força da emoção na solução de conflitos. Rio de Janeiro: Alta Books. Edição Kindle.

ser uma sociedade fundada pelos ancestrais do vendedor, havendo também um legado familiar que deve ser valorizado. Receber o pagamento de uma quantia realmente expressiva pode significar, inclusive, um poderoso álibi para o vendedor justificar a venda perante os seus familiares.

Outro aspecto muito relevante que deve ser considerado na definição do preço de aquisição, e que impacta tanto o comprador quanto o vendedor, é o prazo de pagamento. Por razões óbvias, é do interesse do vendedor receber o pagamento no menor prazo possível, preferencialmente à vista. No entanto, para que a transação aconteça, pode ser necessário que o vendedor ceda e aceite receber parcela do preço de aquisição a prazo, seja pela incapacidade financeira do comprador de pagar na data do fechamento da transação a totalidade do valor pactuado entre as partes, pela incerteza do comprador quanto ao real valor da empresa e/ou pelo interesse do comprador de utilizar a própria geração de caixa futura da empresa para pagar o vendedor. A esse respeito, trazemos novamente os comentários de Luzio:

Para se proteger do risco de ter superestimado o Preço por causa de informações enviesadas fornecidas pelo Vendedor (seleção adversa), o Comprador pode condicionar o pagamento do Preço a eventos operacionais e comerciais futuros – caso típico do *earn-out*. O comprador pode ‘abusar’ do argumento da necessidade de se proteger contra um Preço superestimado e convencer o Vendedor a financiá-lo. Ou seja, o Comprador pode usar o mecanismo de *earn-out* para pagar o Preço com a geração de caixa do Alvo no prazo de parcelamento, sem compartilhar possíveis ganhos com o Vendedor, caso o Alvo apresente uma performance superior à estimada nas projeções.<sup>3</sup>

Quando as parcelas futuras do preço de aquisição não têm o seu montante previamente estabelecido e/ou estejam sujeitas a ocorrência de eventos incertos a serem verificados posteriormente ao fechamento da transação, ou seja, a transferência da participação societária e o desembolso da primeira parcela, estamos tratando do pagamento de um complemento de preço ou *earn-out*. Para facilitar o entendimento, utilizamos os comentários do autor Andrew Nyombi, na obra “Merger Deal Stage Fright and The Use of Earn-outs”:

An earn-out is payment for performance after the deal is closed. The buyer and the seller contractually agree that if after the sale, the business attains agreed-upon performance benchmarks, the buyer will pay the seller additional consideration based on an approved formula. Earn-outs are mostly used in acquisition transactions where the parties cannot agree on the value of the target. The Seller wants

<sup>3</sup> LUZIO, Eduardo. *Fusões e aquisições em ato...*, op. cit., p. 117.

to sell at a higher value while the buyer quite overwhelmed by stage – fright and jitters wants to buy the target at a lower value.<sup>4</sup>

Embora a doutrina nacional sobre o *earn-out* seja bastante limitada, encontramos alguns autores que já o enfrentaram, como Judith Martins-Costa, que assim classificou o mecanismo:

O Earn-Out é uma forma de pagamento pelo qual parcela do preço de determinado bem é remetida para o futuro, estado sujeita em sua existência e determinação a certas condições previamente estabelecidas pelas partes contratantes, em regra, ao cumprimento de metas empresariais e financeiras futuras e predefinidas.<sup>5</sup>

Um dos principais obstáculos a ser superado numa transação de compra e venda de participação societária é a definição do valor da empresa. Nesse aspecto, o *earn-out* é um mecanismo que tem por objetivo principal reduzir a assimetria das avaliações do comprador e do vendedor quanto ao valor da empresa, mediante a definição de condições futuras que impactarão no preço final a ser pago pelo primeiro ao último. A esse respeito, comenta Luciano Zordan Piva:

A lógica negocial subjacente ao *earn-out* em um contrato de compra e venda de participações societárias pode ser assim resumida: se as participações societárias valerem mais, isto é, se ficar comprovada a “avaliação” do valor da empresa pelos prognósticos do vendedor, não haverá desconfiança para que o comprador pague um valor adicional pelo que a empresa demonstrou a partir do seu rendimento. [...]

Se, ao final do período de apuração do *earn-out*, não forem verificadas as metas ajustadas, será a percepção subjetiva do comprador e a sua avaliação a respeito dos elementos subjetivos da empresa que prepondera, acarretando o não pagamento do preço contingente pela não verificação das condições a ele atreladas.<sup>6</sup>

Em última instância, o *earn-out* é um mecanismo utilizado para viabilizar que a transação seja financeiramente atraente para o comprador e o vendedor, estabelecendo-se determinadas condições para que o pagamento de um complemento de preço seja devido ao vendedor caso estas ocorram. O problema desta

<sup>4</sup> NYOMBI, Andrew. *Merger Deal Stage Fright and The Use of Earn-Outs*. Edição Kindle.

<sup>5</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de Cessão e Transferência de quotas. Acordo de Sócios. Pactuação de Parcela Variável do Preço Contratual denominada Earn Out. Características e Função (“Causa Objetiva”) do Earn Out. Parecer. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 42, p. 153 e s., jul. 2014, p. 154.

<sup>6</sup> PIVA, Luciano Zordan. *O Earn-Out na Compra e Venda de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 77 e 78.

sistemática se inicia, como veremos a seguir, na definição das metas que deverão ser cumpridas para que o *earn-out* seja devido.

### 3 Definição de metas para o pagamento do *earn-out*

Conforme já explicado, é da essência do *earn-out* a ocorrência de evento futuro e incerto para que o pagamento seja devido, do contrário estaríamos tratando apenas e tão somente do pagamento parcelado do preço de aquisição.

Em determinados casos, o *earn-out* pode estar sujeito ao cumprimento de mais de uma meta e/ou ter o seu valor dividido de forma proporcional a quantidade de metas a serem cumpridas.

A criatividade na definição das metas para que seja devido o pagamento do *earn-out* é ilimitada. Porém, existem algumas metas específicas que são mais comuns nas operações de compra e venda de empresas. Exploraremos a seguir três metas usuais para entendermos as oportunidades e problemas que podem residir em cada uma delas.

#### 3.1 Permanência do vendedor na gestão da empresa

Na operação de compra e venda de empresa um estágio que é crítico para que o investimento realizado pelo comprador obtenha o retorno financeiro esperado: a integração pós-aquisição. Em alguns casos a figura do vendedor está tão entrelaçada com a imagem da empresa que a saída repentina deste do negócio pode simplesmente colocar em risco a sua continuidade, ou causar severos impactos entre clientes, colaboradores e fornecedores.

Para mitigar esse risco, é comum exigir que o vendedor auxilie o comprador nesse período de transição, que pode ser substancialmente mais complexo se a transação de compra e venda tiver sido realizada entre duas empresas concorrentes, dada a possibilidade de sobreposição de cargos e funções, que pode resultar em demissões ou designação de novas atribuições para os colaboradores da empresa vendida.

Para que o vendedor fique realmente estimulado a participar deste processo, as partes estabelecem determinadas metas que se atingidas em determinado período de apuração (usualmente não superior a dois anos) darão ao vendedor o direito de receber um pagamento complementar do comprador: o *earn-out*.

Para simplificar o processo, comprador e vendedor podem estabelecer como meta uma condição bastante objetiva e de fácil mensuração: basta o vendedor permanecer na gestão do negócio durante determinado prazo. A esse respeito, comenta Piva:

[...] existem diversos modelos negociais através dos quais garante-se a execução do *earn-out* na prática, sendo a função mais comum

desses mecanismos alguma espécie de permanência do vendedor na empresa-alvo mesmo após a transferência de suas participações societárias para o comprador. Nesse modelo, o vendedor continua exercendo a sua influência na empresa-alvo, seja mediante algum cargo ou função gerencial, seja mediante apenas o uso de sua imagem e a publicidade vinculada a ela, tendo como objetivo contribuir para o melhor desempenho da empresa e, consequentemente, para o atingimento das metas ajustadas entre ele e comprador.<sup>7</sup>

Nessa linha, as partes podem pactuar que o vendedor deverá permanecer na gestão da empresa vendida pelo prazo de dezoito meses para apoiar com o processo de integração dos times, e ao término deste período fará jus ao recebimento da quantia adicional de R\$1 milhão, independente do desempenho da empresa neste período ou qualquer outra condição.

Nesse exemplo, porém, existem determinadas questões que precisam ser ponderadas, tais como: qual será o novo cargo do vendedor na empresa? Haverá uma remuneração mensal? Qual o nível de autonomia que o vendedor terá no exercício de suas novas atribuições? O vendedor poderá ser redesignado de cargo durante o período de apuração do *earn-out*? O que acontece se o vendedor ficar impossibilitado de trabalhar por motivo de doença? O que acontece se a empresa for vendida para um terceiro durante o período de apuração do *earn-out*? Caso o vendedor decida sair durante o período de apuração do *earn-out*, haverá algum pagamento proporcional ao período de sua permanência na empresa? Caso o vendedor seja afastado de suas atribuições em decorrência de um evento que configure justa causa para o afastamento, o *earn-out* será devido? Quais são as hipóteses de justa causa aplicáveis?

Como vimos acima, uma meta relativamente simples pode ter diversas variáveis que impactarão no pagamento do *earn-out* ao vendedor. Sob uma perspectiva lógica, bastaria dedicar um pouco de tempo ao tema, com apoio de advogados familiarizados com esse tipo de questão, para endereçar todos os aspectos que citamos em relação ao cumprimento da meta.

Porém, o que se verificar na prática é que as partes não são tão cuidadosas como deveriam ao detalhar todas as condições da meta estabelecida, muitas vezes por não querer colocar em risco a transação como um todo em razão de “detalhes” que podem ser “facilmente” ajustados posteriormente entre as partes de “boa-fé”.

Não é incomum, apesar de ser de certa forma até surpreendente, que o vendedor tenha a percepção de que não haverá mudança relevante no seu papel

<sup>7</sup> PIVA, Luciano Zordan. *O Earn-Out na Compra e Venda de Empresas*, op. cit., p. 118.

dentro da empresa durante o período de apuração do *earn-out*, mesmo que ela tenha agora um novo dono.

Do outro lado, o comprador, propositalmente ou não, evita transmitir ao vendedor de maneira clara a mensagem de que sim, o papel do vendedor na gestão não será mais o mesmo, com menos autonomia e mais prestação de contas (algo que pode simplesmente não ter existido na empresa até então).

A grande questão é que evitar discutir temas sensíveis pode trazer algum ganho a curto prazo, viabilizando concretizar a transação entre comprador e vendedor, mas também pode criar sérios problemas a médio e longo prazos, quando a discussão sobre o que foi pactuado, o que foi cumprido e por quais razões surgir.

No cenário em que a meta é cumprida, a tendência é não haver qualquer problema, salvo se o pagamento do *earn-out* não ocorrer por algum outro motivo. No entanto, quando a meta não é cumprida ou ocorre algum fato inesperado que não foi antevisto contratualmente entre as partes, surge o conflito, que pode terminar em disputa judicial ou arbitral.

### 3.2 Manutenção da carteira de clientes

Durante o processo de estruturação da aquisição de uma empresa, geralmente o comprador realiza uma análise abrangente de todos os aspectos legais, operacionais e financeiros da sociedade, a denominada “due diligence” ou diligência.

Nesse trabalho, um aspecto essencial é a verificação dos contratos com clientes em vigor, para compreensão das amarras que existem entre tais clientes e a empresa, bem como a projeção do fluxo futuro de receitas que será decorrente da manutenção dos contratos analisados (e novos contratos que surgirem, considerando a média histórica de crescimento da empresa e potenciais sinergias que serão capturadas após a consumação da transação).

Para o comprador (e a empresa adquirida) seria catastrófico se uma grande quantidade de clientes decidisse rescindir os seus contratos em vigor em razão da venda da empresa. Em muitos casos existem contratos relevantes que não estão formalizados por escrito e/ou cuja continuidade dependerá da capacidade de conseguir transferir para uma nova pessoa a relação de confiança construída ao longo de anos pelo vendedor com a sua clientela.

As questões acima demonstram que a manutenção da carteira de clientes de uma empresa após a sua venda pode ser algo trabalhoso, delicado e essencial para a continuidade da jornada da sociedade. Por esses motivos, chega ser até natural que o comprador queira mitigar o risco de perda de clientes com o apoio do vendedor.

Ocorre que a manutenção do relacionamento comercial com tais clientes também dependerá de outras questões como política de preços, capacidade de atualização dos produtos e/ou serviços fornecidos, concorrência, aumento da carga fiscal, apenas para citar alguns aspectos que extrapolam o mero apoio do vendedor.

Novamente, o recomendável seria comprador e vendedor gastarem algumas horas com os seus advogados desenhando possíveis cenários, suas causas e os efeitos que eles terão sobre a carteira de clientes e o pagamento do *earn-out* ao vendedor. Como pode o vendedor assumir o compromisso de contribuir para que a empresa mantenha determinado percentual da carteira de clientes, sem entender qual grau de ingerência que ele terá em questões operacionais que podem impactar na decisão dos clientes em continuar ou não o seu relacionamento comercial com a empresa vendida?

Negociar questões como a margem máxima de lucro que a empresa poderá impor sobre os seus contratos, restrições ao aumento excessivo dos gastos operacionais e o tratamento que será dado aos contratos que já eram deficitários antes mesmo da aquisição da empresa pode ser trabalhoso e complexo.

Afinal, qual comprador que adquire uma empresa sob a condição de ter autonomia limitada sobre tais questões? Poucos.

Manter a carteira de clientes é essencial para que a empresa adquirida obtenha o desempenho financeiro projetado pelo comprador quando decidiu adquiri-la. Obter o apoio do vendedor pode ser uma relevante contribuição para que esse objetivo seja alcançado. O perigo reside na forma como serão estruturados o apoio do vendedor e a sua recompensa pelos objetivos alcançados, assim como as consequências do eventual não atingimento das metas pactuadas.

### 3.3 Atingimento de determinado indicador financeiro

Outro critério muito utilizado para justificar o pagamento do *earn-out* ao vendedor é o cumprimento pela empresa adquirida de determinada meta financeira, sendo a métrica mais usual o LAJIDA (Lucros antes de Juros, Impostos, Depreciação e Amortização) ou *EBTIDA* (*Earnings Before Taxes Interests Depreciation and Amortization*), em inglês. O *EBITDA* é uma referência bastante utilizada pois representa, grosso modo, o lucro bruto operacional da empresa em determinado período, dado que na sua apuração são excluídas tanto as receitas financeiras como as receitas não recorrentes.

A mensuração do atingimento ou não da meta é relativamente simples de ser realizada, desde que as partes tenham pactuado no contrato de compra e venda da empresa a forma de apuração do *EBITDA*. Caso isto não tenha ocorrido, aqui pode surgir o primeiro impasse entre vendedor e comprador, uma vez que o



método de apuração do *EBTIDA* não é único e universal, podendo variar conforme os entendimentos das partes, conforme comenta Flávio Málaga:

É uma medida que refletiria a capacidade de geração de caixa operacional da empresa, que seria então utilizado para amortizar dívidas, para cobrir as despesas financeiras decorrentes do endividamento, para realizar investimentos e para remunerar os sócios e o governo. Entretanto, não há uma regra única para constituição dessa medida, assim como seu uso não é livre de desvios e erros de interpretação.<sup>8</sup>

O *EBITDA* pode ser impactado por despesas operacionais como custo de contratação de pessoas, *marketing* e investimentos em infraestrutura, as quais é improvável que estejam sob a ingerência do vendedor após a venda da empresa.

Além disto, a depender da estrutura societária do comprador, a empresa adquirida poderá ser cindida para a segregação de determinada unidade de negócio ou até mesmo incorporada por sua nova controladora, o que aumentaria substancialmente a dificuldade de verificação do cumprimento da meta estabelecida (em alguns casos podendo até inviabilizá-la).

Ora, se o *EBITDA* é uma métrica sujeita a tantas variantes, por que a sua utilização é tão comum na definição de metas para o pagamento de *earn-out*? A razão é simples: ao se calcular o preço de aquisição da empresa, é praxe que tanto o comprador quanto o vendedor verifiquem quanto o respectivo valor representa em termos de múltiplo de *EBITDA*, ou seja, se uma empresa cujo *EBITDA* anual é de R\$1 milhão for adquirida por R\$10 milhões terá sido comprada por dez vezes o seu *EBTIDA*.

Embora a base de comparação sejam as transações envolvendo companhias abertas que atuem no mesmo segmento ou transações privadas que tiveram o valor revelado ao público, o fato é que os múltiplos de *EBTIDA* são distintos para os variados setores da economia, além de serem superiores para os ativos (ou empresas) considerados realmente estratégicos para o comprador.

De qualquer forma, a conversão do preço de aquisição em múltiplos de *EBTIDA* serve de referência para as negociações, mas a distância entre o quanto o comprador está disposto a pagar e o montante que o vendedor deseja receber pode ser realmente grande, tornando necessário construir algum mecanismo que torne essa distância menor.

Essa distância entre as expectativas de preço do vendedor e comprador também é decorrente das diversas incertezas que permeiam o processo de avaliação de uma empresa. Por mais experiente e habilidoso que seja o avaliador, avaliar

<sup>8</sup> MÁLAGA, Flávio Kezam. *Análise de demonstrativos financeiros e da performance empresarial: para empresas não financeiras*. 2. ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2012, p. 155.

uma empresa não implica em simplesmente aplicar uma fórmula pré-determinada, pelo contrário, conforme explica Aswath Damodaran, professor de origem indiana que é uma das principais referências na avaliação de empresas no mundo:

A incerteza faz parte do processo de avaliação, tanto no momento em que avaliamos um negócio quanto na forma como esse valor evolui ao longo do tempo, à medida que obtemos novas informações que exercem impacto na avaliação. Essa informação pode ser específica da empresa em avaliação, ser mais genérica sob o segmento de atuação ou, ainda, conter informações gerais de mercado (sobre taxas de juros e a economia).<sup>9</sup>

Tendo em vista as incertezas que devem ser consideradas na negociação do valor de uma empresa, ao definir que parcela do preço de aquisição será paga com a sua própria geração de caixa futura, o vendedor fica mais próximo de receber o montante que é a sua pretensão para a transação, enquanto o comprador não tem de desembolsar, no primeiro momento, a integralidade do preço.

O problema surge, novamente, quando a meta estabelecida para o pagamento do *earn-out* não é atingida e o vendedor procura entender as razões que fizeram com que isto ocorresse. Nesse momento fica evidente que estabelecer o *EBTIDA* como referência pode não ter sido o melhor critério sob a perspectiva do vendedor, considerando as diversas variantes que podem impactar no resultado da empresa e a limitada ingerência que o vendedor, usualmente, passa a ter sobre elas após a venda.

Caso outra métrica financeira seja utilizada para verificação de meta estabelecida para o pagamento do *earn-out*, como o faturamento anual, por exemplo, persistirão determinadas questões que extrapolam o controle do vendedor e poderão impactar negativamente o valor a ser apurado, como a política de preços e de concessão de descontos, apenas para citar uma. Além disto, estabelecer uma meta que não esteja atrelada à rentabilidade do negócio pode criar o inconveniente para o comprador de ter de pagar o *earn-out* ao vendedor ainda que o lucro da empresa no período de apuração tenha sido pífio ou inexistente.

A grande verdade é que estabelecer uma meta financeira para o pagamento do *earn-out* está longe de ser tarefa simples, e em muitos casos apurar o cumprimento das metas estabelecidas pode ser igualmente complexo, principalmente se o contrato que foi assinado para regular a questão for impreciso ou superficial ao tratar do tema.

<sup>9</sup> DAMODARAN, Aswath. *Avaliação de Empresas*. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007, p. 3.

## 4 Acompanhamento das metas para o pagamento do *earn-out*

Embora vendedor e comprador tenham interesses antagônicos sob a perspectiva financeira, dado que o primeiro quer extrair o máximo de valor possível do segundo na venda da empresa, o pagamento do *earn-out* é frequentemente utilizado para viabilizar que o objetivo comum das duas partes seja atingido: a consumação da transação.

Uma vez estabelecidas as metas para o pagamento do *earn-out*, cabe às partes acompanhar periodicamente se elas estão sendo atingidas ou não. Como o mais comum é que o vendedor tenha de continuar a contribuir na gestão da empresa (ainda que com escopo de atuação reduzido) durante o período de apuração do *earn-out*, a princípio, todas as informações necessárias para a verificação do cumprimento ou não das metas deveriam estar disponíveis.

A depender, porém, da abrangência das metas estabelecidas, pode ocorrer de o vendedor não conseguir ter todas as informações consolidadas para o acompanhamento de seu cumprimento. Nesse caso, faz-se necessário estabelecer um procedimento para que a tarefa seja realizada, preferencialmente com o suporte dos assessores legais (e financeiros, se aplicável) que atuarão na transação.

Como o período de apuração do *earn-out*, em regra, é anual, não é tão comum as partes realizarem, em conjunto, o acompanhamento periódico do cumprimento das metas em intervalos menores de tempo, como trimestral ou semestralmente, por exemplo. Esse é um erro que pode ser corrigido facilmente ao designar-se, dentro da empresa, uma pessoa que fique responsável por realizar mensalmente o acompanhamento do cumprimento das metas e enviar relatórios ao comprador e vendedor sobre o tema, na periodicidade que ficar acordada entre eles.

O acompanhamento periódico sugerido possibilita identificar as razões pelas quais as metas não estão sendo cumpridas e, eventualmente, se o contrato de compra e venda endereçou adequadamente tais questões. Sendo identificados pontos obscuros ou omissos, as partes têm a possibilidade de endereçá-los antes deles virarem objeto de controvérsia, ao término do período de apuração. Seria uma espécie de manutenção preventiva do contrato de compra e venda, utilizando-se do acompanhamento constante para evitar que surja algum dano relevante (e inesperado) para o vendedor no futuro.

Conforme verificamos anteriormente, podem existir diversas variantes fora do controle do vendedor que impactarão no atingimento das metas estabelecidas para o pagamento do *earn-out*. O acompanhamento permanente das metas permite, também, identificar tais variantes e analisar se existem medidas que possam ser implementadas para mitigar eventuais impactos negativos sobre as metas estabelecidas.

É claro que o procedimento sugerido requer boa dose de cooperação das partes e razoabilidade na eventual repactuação das condições previamente acordadas em relação ao pagamento do *earn-out*. A intenção não deve ser de renegociar o contrato sempre que for identificado que as metas não estão sendo cumpridas, pelo contrário, o que se deseja é que haja clareza caso isto ocorra e que as partes estejam amparadas contratualmente para lidar com os efeitos da situação.

Vale lembrar que qualquer que tenha sido a meta estabelecida para o pagamento do *earn-out*, caso ela seja cumprida, a maior beneficiada tende a ser a empresa, o que, em tese, deveria ser um importante motivador para o comprador e o vendedor resolverem as divergências que surgirem sobre o tema.

Porém, muitas vezes o clima amistoso que havia durante as negociações é sucedido por momentos de tensão e discórdia, principalmente quando não foram bem definidas quais seriam as atribuições e poderes de cada um após a consumação da venda da empresa.

## 5 Utilização da mediação na solução dos conflitos relacionados ao pagamento do *earn-out*

Dada a relevância da questão, ainda que sejamos repetitivos, vale enfatizar novamente um aspecto muito importante do *earn-out*: os efeitos positivos das metas estabelecidas sobre a empresa.

Quaisquer que sejam as metas estabelecidas, elas só farão sentido se, em primeira instância, a maior beneficiada for a empresa. Fazemos questão de enfatizar esse aspecto pois muitos vendedores têm a percepção equivocada de que o *earn-out* é um pagamento adicional acordado para lhes beneficiar somente por sua contribuição individual para o negócio, quando de fato o mais importante é que a atuação do vendedor tenha sido relevante para que a empresa alcançasse um resultado excepcional ao término do período de apuração. Se alguma dessas premissas (contribuição relevante do vendedor + resultados excepcionais) não for identificada na regra estabelecida para o pagamento do *earn-out*, é sinal de que a regra não foi bem construída.

No entanto, os problemas surgem quando as partes possuem visões distintas sobre a existência de tais premissas, ou pior, quando uma atribui à outra a culpa por alguma destas premissas não ser identificada.

Se analisarmos a meta que prevê que o pagamento do *earn-out* será devido se o vendedor permanecer na gestão da empresa por determinado período, faz todo sentido que sejam estabelecidos quais são os benefícios diretos que se espera que a empresa tenha com a citada permanência, para que o pagamento do *earn-out* realmente faça sentido e o vendedor não se sinta estimulado a ter

um desempenho mediano ou insatisfatório durante o período de apuração. Os conflitos surgem quando essas expectativas não são ajustadas de forma clara e objetiva.

Usualmente os contratos de compra e venda de empresas possuem cláusula compromissória, ou seja, as partes estabelecem que qualquer disputa relacionada ao contrato ou decorrente deste será dirimida em procedimento arbitral, evitando-se o sobrecarregado Poder Judiciário e submetendo-se a disputa ao julgamento definitivo de árbitros especializados em questões societárias e contratuais. Quando essa cláusula determina que previamente à instauração do procedimento arbitral as partes deverão buscar a composição através da mediação, temos a cláusula “med-arb”.

A cláusula *med-arb* impõe duas alternativas distintas para a resolução do conflito, uma autocompositiva e a outra heterocompositiva, conforme comenta a autora e mediadora Luciana Severo:

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.<sup>10</sup>

Embora a cláusula *med-arb* seja uma iniciativa louvável, uma vez que seu objetivo maior é que possa haver a conciliação entre as partes, previamente à instauração da arbitragem, existem dois grandes problemas com esse mecanismo, especialmente no contexto de uma disputa envolvendo o pagamento de *earn-out*.

O primeiro grande problema é que a mediação, em regra, somente é realizada ao término do período de apuração do *earn-out*; ou seja, muitas vezes a mediação acaba sendo apenas uma mera formalidade a ser cumprida antes de que a arbitragem seja instaurada.

Lembremos que o período de apuração do *earn-out* usualmente é anual, e em muitos casos o pagamento ao vendedor somente é realizado após o transcorrer da totalidade do período de apuração. Se utilizarmos como exemplo a meta que prevê que o pagamento do *earn-out* será devido caso seja atingido determinado *EBITDA* ao término do período de apuração, a discussão quanto ao cumprimento ou não

<sup>10</sup> SEVERO, Luciana. Importância, funcionalidades e relação das cláusulas escalonadas na mediação e arbitragem. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, Jan./jun. 2019, p. 72.

da referida meta pode iniciar apenas alguns meses após a venda da empresa, quando o vendedor tiver a percepção de que o atingimento da meta está em risco em razão de medidas tomadas pelo comprador na gestão da empresa, sem que houvesse qualquer limitação contratual que impedisse a adoção dessas medidas.

Raramente o vendedor preserva a mesma ingerência na gestão da empresa após a sua venda; pelo contrário, o mais comum é que o comprador tenha ampla autonomia para gerir a empresa adquirida como melhor lhe convier. Quando o vendedor vê em risco o pagamento do *earn-out* por questões totalmente alheias à sua atuação, surgem as divergências que podem resultar na futura disputa arbitral (ou judicial).

Portanto, o eventual conflito decorrente da divergência entre comprador e vendedor quanto ao atingimento das metas estabelecidas para o pagamento do *earn-out* pode se desenrolar por alguns anos até que se tenha a confirmação final se o *earn-out* é devido ou não ao vendedor.

O contexto acima nos remete ao segundo grande problema da cláusula *med-arb*: a mediação compulsória.

Uma das premissas fundamentais do procedimento de mediação é o interesse legítimo e genuíno das partes em construir uma solução pacificadora do conflito existente entre si, mediante o diálogo, alcançando-se a autocomposição, que assim é definida por Diogo A. Rezende de Almeida e Fernanda Medina Pantoja:

Segundo o critério da autoria da solução, os métodos classificam-se em (i) autocompositivos; (ii) impositivos; (iii) híbridos ou mistos. No primeiro grupo, encontram-se aqueles em que a decisão é tomada pelos próprios implicados no litígio, ainda que com a participação de terceiros na tomada de decisão. Tem como característica a manutenção da autoria, subsistindo a responsabilidade dos envolvidos em apresentar uma solução. A adesão dos interessados ao método é facultativa, mas, uma vez obtido o acordo, podem ser geradas obrigações – ou ao menos compromissos – que devem ser cumpridas. Nesse grupo, estão inseridas a negociação, a mediação e a conciliação.<sup>11</sup>

Aprofundando um pouco mais o conceito, os mesmos autores definem a mediação como sendo “um processo dinâmico de negociação assistida, no qual o mediador, terceiro imparcial e sem poder decisório, auxilia as partes a refletirem sobre os seus reais interesses, a resgatarem o diálogo a criarem, em coautoria, alternativas de benefício mútuo, que contemplem as necessidades e possibilidades de todos os envolvidos, sempre sob uma perspectiva voltada ao futuro da relação”.

<sup>11</sup> ALMEIDA, Diogo A. Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina. Natureza da Mediação de Conflitos. In: ALMEIDA, Tania (Org.). *Mediação de Conflitos*: para iniciantes praticantes e docentes. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 87 e 88.

Sendo a mediação um processo de negociação assistida, faz todo sentido iniciar esse processo tão logo as partes identifiquem sua dificuldade em chegar ao consenso quanto ao tema objeto da controvérsia, e não somente quando a intenção de uma das partes (ou de ambas) for iniciar uma disputa arbitral.

No exemplo em que a meta do *earn-out* é a permanência do vendedor na gestão da empresa vendida por determinado período, caso o vendedor seja estimulado a sair da empresa antes do término do prazo estabelecido, por atitudes tomadas pelo comprador, tais como a inclusão de novas atividades no objeto social da empresa ou redução excessiva das atribuições do vendedor enquanto gestor do negócio, pode fazer todo sentido que o vendedor e o comprador repactuem as condições para permanência do vendedor na empresa, evitando-se a saída prematura e eventual discussão se o *earn-out* será ou não devido.

A utilização da mediação na etapa inicial do conflito pode ser eficaz para que comprador e vendedor consigam, por exemplo, repactuar determinadas premissas relacionadas às metas estabelecidas para o pagamento do *earn-out*, ampliar ou reduzir o período de apuração, estabelecer outras contrapartidas que podem ser concedidas ao vendedor caso a meta do *earn-out* não seja atingida, ainda que ele (vendedor) tenha cumprido com todas as demais obrigações que lhe tenham sido impostas durante o período de permanência na empresa após a venda, tais como a redução do período de não competição imposto ao vendedor após a sua saída da empresa ou redução da área de abrangência dessa obrigação.

Sobre essa possibilidade de repactuação das condições acordadas visando evitar uma futura disputa, faz-se oportuno trazermos a visão do renomado negociador William Ury, também da escola de negociação de Harvard, que assim comenta:

Um resultado em que o outro lado não ganha absolutamente nada é pior para você do que aquele em que o outro lado se sente apaziguado. Em quase todos os casos, sua satisfação numa negociação depende, até certo ponto, de deixar o outro lado contente o bastante com um acordo para querer mantê-lo.<sup>12</sup>

Uma grande contribuição que a mediação pode trazer ao relacionamento entre comprador e vendedor, desde que o mediador escolhido pelas partes esteja devidamente capacitado para tanto, é possibilitar que as partes explorem quais são os seus interesses, individuais e coletivos, para entender melhor quais alternativas podem ser adotadas para o conflito ser solucionado. Quando as partes negociam com essa mentalidade, ao invés de simplesmente fazer uma queda de braço, ou seja, cada uma participar da mediação focada apenas em fazer

<sup>12</sup> FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: Como negociar acordos sem fazer concessões*. Rio de Janeiro: Sextante. Edição Kindle.

prevalecer a sua posição, as chances de que o consenso seja construído aumentam consideravelmente. Assim, contar com o apoio de um mediador devidamente capacitado para o papel pode ser decisivo para que seja alcançado o acordo entre as partes envolvidas no conflito, conforme comenta Dora Rocha Awad:

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.<sup>13</sup>

Na hipótese em que a meta de pagamento do *earn-out* é relacionada à manutenção, por determinado período, da carteira de clientes existente no momento da venda da empresa, caso o comprador adote alguma nova política que resulte na perda de tais clientes – sem que as medidas adotadas impliquem em infração aos termos do contrato de compra e venda da empresas –, as partes poderão negociar, alternativamente, que o *earn-out* será devido caso o vendedor participe ativamente das negociações para reajuste dos valores praticados nos contratos em vigor e/ou na captação de novos clientes, por exemplo. Em última instância, a empresa continuaria sendo a maior beneficiada, justificando economicamente o pagamento do *earn-out* ao vendedor, além de evitar os custos materiais e emocionais de uma disputa arbitral para discutir a questão.

Nos contratos de compra e venda de empresas que contiverem condições que exigirão a cooperação entre comprador e vendedor durante determinado período, como é o caso nas transações em que há previsão do pagamento de *earn-out*, as partes podem nomear, antecipadamente, um ou mais mediadores que deverão interceder caso surja algum conflito durante o período de apuração do *earn-out*, evitando que a controvérsia identificada se transforme numa futura disputa arbitral. A mediação pode ser utilizada como uma ferramenta de apoio durante o monitoramento constante do cumprimento das obrigações pactuadas no contrato de compra e venda, cabendo a qualquer das partes invocar a realização do procedimento caso surja alguma divergência que o referido contrato não tenha previsto como evitar, ou uma situação que esteja causando grande desconforto ao comprador e/ou ao vendedor.

Prever contratualmente todas as situações que poderão impactar no cumprimento das metas pactuadas para o pagamento do *earn-out* é tarefa das mais

<sup>13</sup> AWAD, Dora Rocha. Mediação de conflitos no Brasil: atividade ou profissão? *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*. Belo Horizonte, ano 01, n. 01, jan./jun. 2019, p. 62.



complexas, e não é raro as partes (comprador e vendedor) evitarem explorar com profundidade essas questões para não colocar em risco a transação como um todo. O risco de um potencial conflito envolvendo o pagamento de uma determinada parcela do preço de aquisição é muitas vezes ignorado ou consensualmente assumido pelas partes, no desejo de que a transação seja consumada. Em qualquer dessas hipóteses a mediação pode ser um eficiente instrumento para prevenir que os conflitos que surgirem virem disputas arbitrais (ou judiciais, conforme aplicável), possibilitando que as partes construam, através do diálogo e com o apoio do mediador, alternativas para terem os seus interesses atendidos.

## 6 Conclusão

Embora o pagamento de *earn-out* envolva considerável complexidade na definição das metas que deverão ser cumpridas para que o vendedor faça jus ao recebimento da parcela adicional do preço de aquisição pactuado no contrato de compra e venda da empresa, assim como na apuração do cumprimento de tais metas, sobretudo quando elas não são atingidas por motivos alheios à atuação do vendedor, a utilização do mecanismo nas transações desta natureza é bastante comum.

Na prática, o que se verifica são diversas situações que impactam o cumprimento das metas estabelecidas e que não foram reguladas no contrato de compra e venda, exigindo que as partes negociem qual será o tratamento concedido para essas questões, considerando, sobretudo, os interesses da empresa vendida, mas também os interesses individuais do comprador e vendedor.

Nesse contexto, as controvérsias que surgirem durante o período de apuração do *earn-out* podem ser dirimidas utilizando-se a mediação como um instrumento de gestão do contrato de compra e venda da empresa e de manutenção do relacionamento entre vendedor e comprador.

Embora a mediação obrigatória decorrente da cláusula *med-arb* possa evitar que a disputa arbitral seja iniciada, as chances que isto de fato ocorra podem aumentar sensivelmente caso a mediação seja realizada de forma espontânea, por iniciativa das partes, em estágio não avançado do conflito. Ao invés da mediação ser a última tentativa de conciliação antes da instauração do procedimento arbitral, ela pode ser um instrumento permanente de gerenciamento da relação contratual entre vendedor e comprador, pacificando quaisquer conflitos que surjam no decorrer deste relacionamento.

---

### The earn-out clauses and the mediation

**Abstract:** Earn-out clauses are frequently used in transactions of purchase and sale of companies, enabling the seller to receive an additional value if certain goals agreed with the purchaser are achieved. However, defining referred goals and assessing if they are met is not an easy task and there are

countless disputes related to utilization of this contractual mechanism. We will analyze how mediation can contribute to reduce the number of disputes related to earn-out clauses.

**Keywords:** Mediation. Mergers and Acquisitions. Earn-out.

## Referências

- ALMEIDA, Diogo A. Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina. Natureza da Mediação de Conflitos. In: ALMEIDA, Tania (Org.). *Mediação de Conflitos: para iniciantes praticantes e docentes*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 55-69.
- AWAD, Dora Rocha. Mediação de conflitos no Brasil: atividade ou profissão? *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, jan./jun. 2019.
- DAMODARAN, Aswath. *Avaliação de Empresas*. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Rio de Janeiro: Sextante. Edição Kindle.
- LUZIO, Eduardo. *Fusões e aquisições em ato – Guia prático: geração e destruição de valor em M&A*. São Paulo; Cengage Learning; Rio de Janeiro: Editora Senac, 2014.
- MÁLAGA, Flávio Kezam. *Análise de demonstrativos financeiros e da performance empresarial: para empresas não financeiras*. 2. ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2012.
- MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de Cessão e Transferência de quotas. Acordo de Sócios. Pactuação de Parcela Variável do Preço Contratual denominada Earn Out. Características e Função (“Causa Objetiva”) do Earn Out. Parecer. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 42, p. 153 e s., jul. 2014.
- NYOMBI, Andrew. *Merger Deal Stage Fright and The Use of Earn-Outs*. Edição do Kindle.
- PIVA, Luciano Zordan. *O Earn-Out na Compra e Venda de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- SEVERO, Luciana. Importância, funcionalidades e relação das cláusulas escalonadas na mediação e arbitragem. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, jan./jun. 2019.
- SHAPIRO, Daniel; FISHER, Roger. *Além da Razão. A força da emoção na solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Alta Books. Edição Kindle.

---

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

RIBEIRO, Gustavo Pires. As cláusulas de *earn-out* e a mediação. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 03, n. 06, p. 109-129, jul./dez. 2021. DOI: 10.52028/rbadr.v3i6.6.

---



# Social Media-Tion: A Constructive Approach to Dispute Resolution?

## Harshita Agarwal

Harshita Agarwal is pursuing LLB(Hons.) in Intellectual Property Law from Rajiv Gandhi School of Intellectual Property Law, IIT Kharagpur. E-mail: harshitaagarwal610@gmail.com

## Poulomi Sen

Poulomi Sen is pursuing LLB(Hons.) in Intellectual Property Law from Rajiv Gandhi School of Intellectual Property Law, IIT Kharagpur. E-mail: shriyasen28@gmail.com

---

**Abstract:** In the twenty-first century which is regarded as the dawn of the social media age, the disputants, as well as the legal professionals such as advocates and judges, embrace the information available at their disposal on several social media platforms. It has altered the conduct of arbitration by changing the way disputants communicate. Being the modern tool for communication, it has elevated the speed and dissemination of information, which allows audiences to follow the dispute and express their support or dissatisfaction towards the disputants. As a consequence, the parties seeking redressal of their grievances through ADR get influenced due to the formation of ‘unconscious bias’. Communication is the epitome of the dispute resolution process, and the intervention of social media in the process generates a ghost syndrome, thus, resulting in the fading of such epitome. Its impact is not restricted to the parties but has the potential to undermine the independence, integrity, and impartiality of the judge or the mediator. Social Media has become significant within the legal domain as technology penetrates all ambits of individual endeavors. Looking towards the positive contributions, it acts as a source of evidence, especially in employment and labor disputes. Transformations in communication technologies have altered the definition of power in international arbitration, the class of individuals participating in the process, and strategies employed to mediate the conflict. The paper intends to discuss the elite usage and manipulation of social media impacting ADR, the cases influenced by it, and the theoretical framework required for its conduct.

**Keywords:** Social media. Dispute resolution. Technology. Ethical conduct.

**Summary:** Introduction – Background – Social media vis-à-vis ADR – Social media as a “Liberation Technology” for dispute resolution – Impact of social media in dispute resolution: a bane – Critical analysis of social media’ influence on the adjudicators: a threat to justice administration – Way forward: an approach to maintain ethical conduct and social etiquette – Conclusion – Bibliographic references

---

## Introduction

Edmund Burke perceived media as the fourth pillar of democracy. This pillar acts as a bridge between the people and the government.<sup>1</sup> Undoubtedly, the media

---

<sup>1</sup> Pratiyush Kumar, Kuljit Singh. Media, the Fourth Pillar of Democracy: A Critical Analysis. International Journal of Research and Analytical Reviews. March, 2019.

strengthens the process of democracy and is pivotal for the development of a country. However, the people need to segregate and chalk out the accurate and unerring information as the media directly impacts the people and often influences and changes the perception of an individual. In the last couple of decades, the reach and growth of media have been further amplified by the advent of the internet. The internet facilitates people to acquire and retrieve gigantic amounts of information within seconds and enables people to express their opinions through social networking sites like Instagram, Twitter, and Facebook. Social media has now become an integral part of every individual's life. Since there is no barrier, every person has the freedom to share their views on a global platform and spread information that might be inappropriate and incorrect at times, which can potentially cause havoc. Even the judiciary and the other dispute resolution forums are not immune from this. The increasing overreach of social media has an impact on the parties to the dispute as well as the judge or the mediator, as the case may be, diluting their opinion and frame of mind.

## Background

Social scientists have been working with the social network to induce the conventional techniques of dispute resolution in cyberspace. The role of professional, unbiased, and independent media to achieve good governance has earned immense traction in the international developing community. Through social media, individuals have access to the free flow of information which enables dialogues by encouraging individuals to express their opinions, inspires political participation in a greater number and thus, fosters accountability.

The authentication of social media acting as a liberation technology can be recognized from the role media played during the late 1980s and 1990s. Development programmes encouraging regional media institutions to be independent lead to the downfall of the Soviet Union and terminated the Cold War. Introduction of revolutionary voices on radio stations and underground production and supply of restricted publications<sup>2</sup> attributed to the collapse of communism.

With the credibility of 'media for advancement' set up in post-Soviet alliance nations, it was believed the advancement of skilled and independent media could assist as a significant segment in constructing civil society, and steadiness, in post-conflict nations around the world. Since that time, media assistance projects have extended both in territory and scope. Numerous international, regional, and local associations and UN organizations are presently working with media

---

<sup>2</sup> Amelia Arsenault, Shawn Powers, "The Media Map Project: Review of Literature". November, 2010.

in conflict-stressed nations utilizing an assortment of devices and approaches to promote discussions across nations and assure all segments of society, that they are part of an efficient democratic discourse which is the foundation of democracy.

Alternative Dispute Resolution is considered as a non-judicial accumulation of techniques for dispute resolution without any involvement of the court or any kind of violence. These processes incorporate arbitration, collaborative problem solving, neutral case evaluation, and mediation. Such a process gives parties a more dynamic role to resolve the conflict with a much faster and less expensive decision-making process. The collaboration between dispute resolution and social media has been both constructive and destructive. Since the exposure of dispute resolution as an alternative component for conflict settlement, arbitral establishments and arbitrators overall have been positively accepted by the public, both in regional and international communities. Regardless, this still-not-established blend of social media and dispute-resolution presents some incongruence, since dispute resolution depends on the reason that the authorities who structure the board have the commitment to be a free and fair-minded body and should not have any bond with the gatherings in question; but this reason, by reference to social networking, isn't in every case valid.

## Social media vis-à-vis ADR

The vast outreach of social media and its usage by parties to the dispute have inherent risk and challenges which highlight issues of ethics and integrity. United States' Conference of Court Public Information Officers have published annual reports in the year 2010 pertaining to the use of "New Media" in the courts<sup>3</sup> and it was observed that there are three attributes of "new media" that have a discrepancy with the fundamental tenets of the adjudicatory system. The report further demonstrate the transformation that has taken place in the media sector. The report disintegrated the multifaceted new media landscape into four parts. They are: Legacy Media, Traditional/PR Outreach, Digital Media Web 1.0, and Social Media Web 2.0.

---

<sup>3</sup> "New Media and the Courts Reports/2010-2011-2012-2013," Conference of Court Public Information Officers; available at: <http://ccpio.org/publications/reports/>

**(A) Differences with respect to functional strategy:** There are three communication media:<sup>4</sup>

Interpersonal Media	“One to One”
Mass Media	“One to Many”
New Media	“Many to Many”

Table 1: The above table shows the three kinds of communication media,

On the other hand, adjudicator forums generally communicate one way by issuing orders to which the parties to a dispute complies. Resolving this inherent inconsistency between the “new media” and the “judiciary” will be a herculean task.

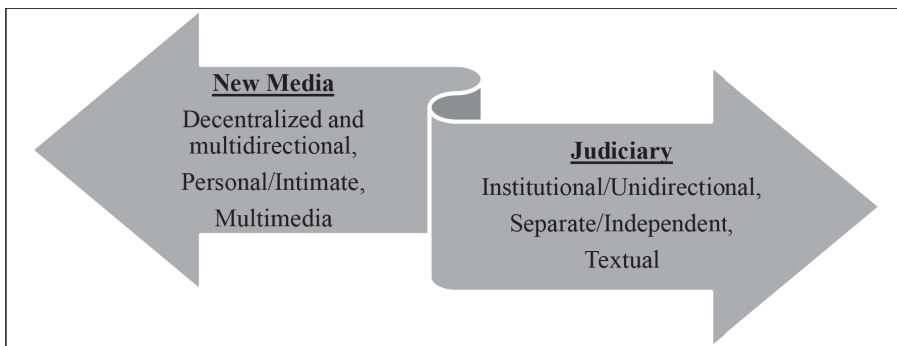


Fig. 1: The above figure indicates the new media, which encompasses social media, which are multidirectional and decentralized whereas the adjudicatory forums operate in an institutional and a unidirectional manner.

**(B) Differences with respect to manner of communication:** New media facilitates one-to-one communication i.e. personal communication and confidentiality is maintained thereof, provided one’s privacy is not breached by the other party. This inherent feature of social media is again divergent to the manner in which adjudicatory forums and traditional courts communicate. The dispute resolution forums function by ensuring that transparency is maintained throughout the process so that the entire proceedings are conducted impartially. Therefore, there is no congruity in the communication process of “judiciary” and “new media”.

After the digital revolution, information is exchanged through new media, multimedia in nature, which facilitates the dissemination of information in the form of video and audio clips, text, and still images. On the contrary, the law is concerned with a precise definition of terms, interpretation of statutory and judicial language, and the precise parsing of speech which all are textual.

<sup>4</sup> Ibid.

## Social media as a “Liberation Technology” for dispute resolution

There has been an extensive uptake of social media usage by legal professionals and in dispute resolution over the current years, however with the embrace of the 21st-century mediator comes with an obligation to utilize these web-based media ethically. Social media act as a novel additional variable within the legal domain as innovation overruns all ambits of the human undertaking. Regardless of whether we access them in our work environments or somewhere else, social media at this point don't serve exclusively to keep us associated with family and friends yet additionally build up vital organizations of professionals in the global labour market. International mediation and dispute resolution have, since quite a while back, been positively influenced by social networks.

- 1. A great source of evidence:** It is just a reality that information we contribute to social media platforms turns out to be inconclusively stocked and conveniently can be extracted for future access. We have made some amazing progress from just granting an original document as proof to permitting Facebook, Instagram, or Twitter messages and posts to be utilized in civil and criminal trials. With regards to the arbitrators, social media isn't simply being utilized in criminal, defamation, and family cases. Its utilization in intellectual property, commercial, employment, personal injury, and product liability cases is rapidly developing. Arbitrators and Lawyers across the countries are progressively relying on evidence acquired from social networking websites. It offers a platform to the parties, litigants, and arbitral tribunal, both at an international and regional level, to confront the parties, conduct rational decisions based on the evidence produced to resolve the conflict between the parties and bring them into common understandings, even across ethnic, religious, and socio-economic divisions.

For instance, Albanian communities deal with various issues, the beginnings of which, too as their outcomes, are multidimensional. The arbitration process is moderately a novel process in legal advancement in Albania.<sup>5</sup> Nonetheless, the arbitration process gained popularity in the Albanian community because of the influence of the media. Social media has brought a dynamic development in the arbitration process through its application of making the evidence easily accessible, thus, influencing the individuals to approach the dispute resolution to get the deal done.

<sup>5</sup> Av. Eni Cobani, Dr. Engjëllushe Zenelaj. Some of the Impact of Mediatisation of Mediation Law Process. Academic Journal of Interdisciplinary Studies. July, 2018.



**2. Conflict Management Role and Social Cohesion:** The boundary between real and virtual is progressively obscured in the time of social media. Our social and political consciousness is displayed and communicated over social media and, thus, social media molds the narratives that reconstruct our reality. While references to social media and legislative issues quickly infer mind polarization, counterfeit news, and enmity, social media additionally has huge positive potential for interfacing broadly unique individuals and networks.

A conflict-sensitive approach to deal with social media utilization can help people and associations grasp this potential and prohibit some basic entanglements. This conflict-sensitive approach indirectly helps in the administration of International Dispute Resolution.<sup>6</sup> Not providing people with the opportunity to participate in political debates and prohibiting them from expressing their opinions is the most common cause of conflict. As said by Harry S. Truman, the 33<sup>rd</sup> President of the United States, one can never obtain all the facts just from one newspaper, and unless the arbitrator or the judge has all the facts, they cannot make a proper judgment about what is going on.<sup>7</sup>

Social media resists the trend towards anonymity by utilizing the conflict-sensitive approach to create awareness, reflection, and mindfulness, thus, prohibiting needless escalation. It decreases the risk of misinformation, thus, its collaboration with International and Regional Dispute Resolution will foster collaboration and connection across social and geographic separation with the introduction of new platforms and technologies. The privilege provided by social media to initiate audio or face-to-face communication whenever and wherever possible prohibits any kind of loss that could occur due to non-verbal information.<sup>8</sup> This portrays the distinct role of social media in conflict management and social cohesion with the assistance of Dispute Resolution.

**3. Creates a Transparent Environment:** With the dissolution of conventional media, the rational, devoted, and professional broadcasting of court procedures is being replaced by the emergence of reporters who utilizes social media, that is, blogs and tweets to report the court proceedings.

---

<sup>6</sup> Sheldon Himelfarb. Social Media and Conflict Prevention. United States Institute of Peace. December, 2012.

<sup>7</sup> Harry S. Truman: 1945: containing the public messages, speeches, and statements of the president, April 12 to December 31, 1945.

<sup>8</sup> How Technology and Media Shape My Experiences with (In)Civil Discourse. Poem by New York University Freshman Garcia, Aspen Institute's 2017 Youth & Engagement Programs' convening, Civil Discourse in a Fractured Age.

The New Media creates opportunities for independent and interactive communication by converting the passive audience into the active audience.<sup>9</sup> It further advances various practical possibilities for the arbitrator to communicate with their staff and the users, presentation of evidence, and making the judgments accessible to the general audience with proper reasoning and rationale utilized behind pronouncing the judgment. The New Media further provides the platform to the public to critically analyze the judgment and offer fair criticism in the form of their opinion and thoughts.

The statement released by the Chief Justice of the Australian Supreme Court, Marilyn Warren, expressed<sup>10</sup> that social media and the internet will be continuing for a long time. It is the duty of the court and arbitrators to originate an effective strategy to interconnect with the new technologies. Open justice is the need of the new technological era. Through this advancement, the communities will be able to access and view the court proceedings and other information related to it. New Media being tremendously interactive in nature, allows the public to participate in the debate which was not possible in the conventional media era. The judiciary and the arbitrator must adopt the new media technologies and has to participate in a direct dialogue with the community. It is the duty of the judiciary and the arbitrator to figure out a way to meet such expectations while simultaneously safeguard the fundamental aspects of law and order – judicial impartiality and fairness.

- 4. Elevates Community Outreach and Interaction:** Social media and other new media tools elevate community outreach and interaction and are being utilized to help uphold governments culpable for their acts, empower citizens, bring citizens together to oppose brutal violence, provide information and relevant data to reduce tensions and conflicts, coordinate relief attempts and other aided services, and build stronger bonds of understanding across countries. All these measures happen as social media provides new opportunities for interactive dialogue and public engagement and thus, creates transparent platforms for the State to exercise their duties which is undisguised to the citizens.

Social media gives the platform to the third party to fully participate in the court proceedings either by making written or oral statements, as

<sup>9</sup> Dr. Pamela D Schulz, Dr. Andrew J Cannon. "Trial by Tweet? Findings on Facebook? Social Media Innovation or Degradation? The Future and Challenge of Change for Courts," *International Journal for Court Administration*, February 2013.

<sup>10</sup> Remarks of the Hon. Marilyn Warren AC, Chief Justice of Victoria, Australia, on the occasion of the 2013 Redmond Barry Lecture on Open Justice in the Technological Age, 21 October 2013.

in today's world the third party, as well, has full access to the case file. The arbitral tribunal and the claimant will be in the position to question, cross-examine and review any kind of witness statements and the evidence that is put forward by the third party. The media have the authority to dissolve tensions before it reaches an uncontrollable point and critically watch the activities of government, society, and opposition. By distributing credible information and extending it to a gigantic audience, the New Media assist in promoting democratic principles, reconciliation, and societal development.

Social Media and sharing of videos associating with things like administration violence and the electoral hoax contribute to transparency and culpability and appear to contribute to new measures against such behavior. The very recent case that was observed in the United States which initiated the Black Lives Matter movement led to the participation of around 15 million to 26 million people in the United States.<sup>11</sup> Such enormous participation happened because of the circulation of the video which displayed the brutal behaviour of the police officer towards the citizen, George Floyd. With the assistance of social media, numerous people participated in the protest to acquire justice for the victim and to punish the police officer for arbitrary use of his powers.

Another example could be Tunisia and Egypt which proves that social media, a source of information and communication, has successfully correlated the new era technologies with the non-violent revolutions.<sup>12</sup>

**5. Serves as a Peace-building Organization:** A measure of peace-building can be intensified by the New Media. New Media attempt to reveal the causes behind a conflict and genuine objectives of the participants while making a point to acculturate all victims of the conflict. It does not attempt to abuse the misfortune and enduring yet ensure that the detailing is adjusted and show how effectively news can be controlled. Part of the New Media ethical guidelines is to bring out individuals that utilize peaceful techniques and denounce war and viciousness and document the anguish and misfortune of the victims. Potential resolution and attempting to avoid further hike of the conflict are the main focus of New Media, which is additionally considered as peace journalism. A proposed structure utilized by peace-building media association employing various techniques, for instance,

---

<sup>11</sup> Larry Buchanan, Quoc Trung Bui, and Jugal K. Patel. Black Lives Matter May be the Largest Movement in the U.S. History. *The New York Times*. July, 2020.

<sup>12</sup> Sean Aday, Henry Farrell, Marc Lynch, John Sides, Deen Freelon. *Blogs and Bullets II: New Media and Conflict after the Arab Spring*. United States Institute of Peace. July, 2012.

- Peace-promoting entertainment Media
- Conflict-sensitive and Peace Journalism
- Peace-promoting citizen media
- Media regulation to prohibit incitement of violence

Though the empirical evidence related to New Media is thin, it still holds positive anecdotal evidence that it can add to peace-building by improving information to avoid conflict and expanding contact and comprehension between opposing parties.<sup>13</sup> For instance, Social Media has provided platforms to crowd-source information in stressed hotspots as a conflict avoidance process.<sup>14</sup>

In the same manner, Social Media work as a peace-building organization in Dispute Resolution by providing critical information to prevent conflict. This is particularly critical in the pre-formal or early phases of communication during the arbitration process when more traditional, strategic communication media have tended to be significantly more selective. Social media can enable arbitrators to communicate straightforwardly with a wide scope of audiences to accumulate a more extensive comprehension of various conflict narratives and potential parts focusing on peacemaking, which includes exceptionally difficult-to-reach zones. When applied cautiously, arbitrators can also utilize social media to counter misinformation and disinformation. Therefore, Social media's double-edged characteristics are crucial mostly in three key areas. They are: pre-formal or early stages of peacemaking; assisting information collection and critical analysis of conflict; framing of peace narratives; informing via online targeted engagement; fostering dialogues and molding arbitration agendas.

## Impact of social media in dispute resolution: a bane

Social media is an extremely influential platform that can potentially mould opinion. At times, social media platforms create prejudice in the minds of the parties as well as the judges, the conciliators, and the mediators. The information as well as the misinformation that circulates in the social media or the social networking sites draws the attention of the parties and creates 'unconscious bias ' in their minds that gets reflected during the formal or informal proceedings. The spread of misinformation often results in the formation of a negative presumption in the minds of parties as well as the adjudicator. In such a scenario, with the overarching growth of social media, there is a high likelihood that even the adjudicator's verdict won't be free from biases and will be based on preconceived notions which will hamper the justice delivery system. Thus, social media and social networking sites

<sup>13</sup> Oatley and R. Thapa (2012). Media, Youth and Conflict Prevention in Sierra Leone. IfP-EW: Brussels.

<sup>14</sup> Michael L. Best. Peace building in a Networked World. Communications of the ACM. April, 2013.

not only intrude with the administration of justice but also undermine people's faith in alternative dispute resolution mechanisms. It is pertinent to note that citizens of the country have a constitutional right of a fair trial under Article 21 of the Constitution<sup>15</sup> which gets impaired due to the influence of social media. One of the fundamental tenets of Democracy is transparency and fair play which when gets hampered brings the entire notion of democracy at stake.

The media at many times influences even the individuals involved in the conflict to reach a settlement and affect their bargaining power. The technique situated under influence of media can be said to have two potential effects:<sup>16</sup> an individual or direct effect, and a Social or indirect effect. Be it a mediator or conciliator or arbitrator they are expected to take measures as a neutral third party who facilitates parties to the dispute to reach a mutually accepted consensus.<sup>17</sup> However, with the intensified growth of social networking sites, there is a high possibility that even the adjudicator's verdict who is supposed to be a neutral party, will be accommodative of biases and will be based on preconceived notions which will impede people's confidence in alternative dispute resolution forums.

## Critical analysis of social media' influence on the adjudicators: a threat to justice administration

Social media has now become an integral part of every individual's life with adjudicators being no exception as it enables easy and smooth communication and dissemination of information. It is undisputed that the usage of social media by the adjudicators can potentially enhance the public's understanding of the law, enable the users to exchange their views, and foster an environment of fairness and justice. On the contrary, the usage of social media has led to situations where the decisions given by the adjudicators were observed to be biased as they were subject to inappropriate outside influences. The overarching outreach of social media has inherent risk and challenges which highlight issues of ethics and integrity.<sup>18</sup> In this digital era, the adjudicators need to be extremely vigilant and cautious while delivering judgments and should ensure that a particular verdict is not a result of preconceived opinions formed in the minds of the adjudicators which are irrelevant to the case.

---

<sup>15</sup> *Rattiarum v. State of Madhya Pradesh*, AIR 2012 SC 1485.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> Howard M. Rebach. *Mediation and Alternative Dispute Resolution*. Handbook of Clinical Sociology. Second Edition. Page 197-224.

<sup>18</sup> Anurag Bana, Colette Allen. *Social Media and the Judiciary*. Bar and Bench. May, 2020.

In the words of our Union Law Minister, Ravi Shankar Prasad although social media is empowering but Judges must be left completely independent to give judgment as what they think is the correct mode in accordance with the rule of law.<sup>19</sup>

As per the Bangalore Principles of Judicial Conduct,<sup>20</sup> the adjudicators should always adhere to the principles of independence, impartiality, integrity, and propriety, but simultaneously should not be secluded from society and should make every effort to stimulate an environment of justice.

In alternative dispute resolution forums where the parties to a dispute come to a consensus with the help of arbitrator, mediator, or conciliator, their beforehand exposure to the public's viewpoint and sentiment towards a case can lead to the formation of "unconscious bias". Reflection of such opinions, which are an outcome of information and misinformation spread over the social networking sites, while delivering judgments will impede the process of justice delivery. As a consequence, the onus is on the adjudicators as well to refrain and restrict themselves from accessing information disseminated over social media concerning a particular case. The mediators, conciliators, and arbitrators should make certain that the usage of social media does not have an overall negative impact on the justice delivery process. It is always desirable that the adjudicators maintain social etiquette and limit their usage of social media to a certain extent in order to preserve the sanctity of sacrosanct institutions like courts of law.

The International Bar Association Legal Policy & Research Unit (IBA LPRU), in the year 2011 conducted a global survey pertaining to the impact of OSN i.e. Online Social Networking on the Legal Profession<sup>21</sup> in which 61 Bar Associations from 47 jurisdictions including the Bar Council of India, responded. It was observed that only 15% of those who responded felt that the social networking sites affected the public image of the legal profession in a negative manner. Besides, 40% of the participants felt that the use of social networking sites undermines public's faith and confidence in adjudicatory systems and further affects judicial independence. Therefore, striking a balance between the positive impact of social media on the legal profession and the ill-effects of social media thereof is of utmost importance in this digital era where social media is influencing the legal profession with huge momentum.

---

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002, available at: [https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial\\_group/Bangalore\\_principles.pdf](https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf)

<sup>21</sup> Ibid.

## Way forward: an approach to maintain ethical conduct and social etiquette

The United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) provides certain guidelines pertaining to the use of social media by the judges which even though are non-binding can aid to regulate ethical conduct and help the adjudicators to maintain social etiquette.<sup>22</sup> The guidelines are in tandem with the international and regional standards of judicial conduct and ethics and cover the risks and opportunities in judges' awareness and social media, content and behavior on social media, the pros and cons of the use of social media and privacy and security policies.<sup>23</sup> Besides, the guidelines provide concomitant guidance and training frameworks.<sup>24</sup>

With the rise in usage of Social media and the mushrooming growth of demand for live reporting, Lord Judge, The Lord Chief Justice of England and Wales issued guidelines for Court pertaining to the use of live text-based communications, such as mobile email, social media (including Twitter) and internet enabled laptops in and from courts throughout England and Wales.<sup>25</sup>

The International Bar Association's International Principles on Social Media Conduct for the Legal profession promotes social media conduct within the legal profession that adheres to the relevant rules of professional responsibility as well as considerations of civility.<sup>26</sup> The IBA Principles as well as the UNODC Guidelines provide a framework to regulate and guide the adjudicators to maintain ethical conduct and social etiquette in order to preserve the sanctity and dignity of the legal profession. Therefore, these guidelines can be used to minimize ethical risks with the escalating influence of social media on the adjudicators. On that account, the guidelines can aid in preserving the public confidence in the integrity and impartiality of the alternative dispute resolution forums.

## Conclusion

The development in the significance of social media requires a methodological change in the arbitration and dialogue process. Social Media plays reasonably a

---

<sup>22</sup> Guidelines on the use of social media by judges, available at: [https://www.unodc.org/res/ji/import/international\\_standards/social\\_media\\_guidelines/social\\_media\\_guidelines\\_final.pdf](https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/social_media_guidelines/social_media_guidelines_final.pdf)

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Practice Guidance: The Use Of Live Text-Based Forms Of Communication (Including Twitter) From Court For The Purposes Of Fair And Accurate Reporting, available at: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Guidance/lbtc-guidance-dec-2011.pdf>

<sup>26</sup> The International Bar Association's International Principles on Social Media Conduct for the Legal profession. International Bar Association. May, 2014.

new role as a peace device which implies that associated risks are intense, thus precautionary steps are essential. Arbitrators and Mediators need to capitalize on the positive quality of social media while setting up risk-mitigation techniques to ensure the conflict prevention process. It is undeniable that the current social media trends have become an integral part of every individual's life. Even the judiciary and the other dispute resolution forums are not immune from this. Since there is no barrier, every person has the freedom to share their views on a global platform and spread information that might be inappropriate and incorrect at times, which can potentially cause havoc. Mediators and Arbitrators must be prepared in cybersecurity techniques to guarantee that their online interactions are not manipulated and the circulation of misinformation and disinformation can be prevented. They need to incorporate social media in the upcoming agenda planning and scenario development.

Social media has distinct potential to magnify peacemaking, which also includes the fragile beginning phases when space for communication is crushed and connections are developmental and exceptionally delicate. It has been modifying the collection and interpretation of data, empowering access to increasingly more granular data from various sources, thus, providing distinct avenues into peace conversation, shaping peace narrative, and conflict prevention by broadening participation. In a similar manner, the usage of social media by the adjudicators can potentially enhance the public's understanding of the law, enable the users to exchange their views, and foster an environment of fairness and justice.

On the contrary, the usage of social media has led to situations where the decisions given by the adjudicators were observed to be biased as they were subject to inappropriate outside influences. In alternative dispute resolution forums where the parties to a dispute come to a consensus with the help of arbitrator, mediator or conciliator, their beforehand exposure to the public's viewpoint and sentiment towards a case can lead to the formation of "unconscious bias". Reflection of such opinion, which are an outcome of information and misinformation spread over the social networking sites while delivering judgment will impede the process of justice delivery.

These obstacles were anticipated by many mediators and arbitrators which led to their participation in encouraging the establishment of a provisional code of conduct on the utilization of social media by the arbitrators. Guidelines issued by few countries scrutinize the way to minimize ethical risks with the escalating influence of social media on the adjudicators and aid in preserving the public confidence in the integrity and impartiality of the alternative dispute resolution forums. The objective of such guidelines is to set some essential standards for external communication between the parties having conflict and sustain a standard of confidentiality. The agreement provided in the code must establish trust among the arbitrators and conflict parties and promote confidence-building measures as



it would indicate the parties' commitment towards the process and the arbitrators' commitment towards delivering the fair judgment. Therefore, striking a balance between the positive impact of social media on the legal profession and the ill-effects of social media thereof is of utmost importance in this digital era where social media is influencing the legal profession with huge momentum.

## Bibliographic references

Amelia Arsenault, Shawn Powers, "The Media Map Project: Review of Literature". November, 2010.

Anurag Bana, Colette Allen. Social Media and the Judiciary. Bar and Bench. May, 2020.

Av. Eni Cobani, Dr. Engjëllushe Zenelaj. Some of the Impact of Mediatization of Mediation Law Process. Academic Journal of Interdisciplinary Studies. July, 2018.

Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002, available at: [https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial\\_group/Bangalore\\_principles.pdf](https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf)

Dr. Pamela D Schulz, Dr. Andrew J Cannon. "Trial by Tweet? Findings on Facebook? Social Media Innovation or Degradation? The Future and Challenge of Change for Courts," International Journal for Court Administration, February 2013.

Guidelines on the use of social media by judges, available at: [https://www.unodc.org/res/ji/import/international\\_standards/social\\_media\\_guidelines/social\\_media\\_guidelines\\_final.pdf](https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/social_media_guidelines/social_media_guidelines_final.pdf)

Harry S. Truman: 1945: containing the public messages, speeches, and statements of the president, April 12 to December 31, 1945.

Howard M. Rebach. Mediation and Alternative Dispute Resolution. Handbook of Clinical Sociology. Second Edition. Page 197-224.

How Technology and Media Shape My Experiences with (In)Civil Discourse. Poem by New York University Freshman Garcia, Aspen Institute's 2017 Youth & Engagement Programs' convening, Civil Discourse in a Fractured Age.

Larry Buchanan, Quoc Trung Bui, and Jugal K. Patel. Black Lives Matter May be the Largest Movement in the U.S. History. The New York Times. July, 2020.

Michael L. Best. Peace building in a Networked World. Communications of the ACM. April, 2013.

"New Media and the Courts Reports/2010-2011-2012-2013," Conference of Court Public Information Officers; available at: <http://ccpio.org/publications/reports/>

Oatley and R. Thapa (2012). Media, Youth and Conflict Prevention in Sierra Leone. IfP-EW: Brussels.

Practice Guidance: The Use Of Live Text-Based Forms Of Communication (Including Twitter) From Court For The Purposes Of Fair And Accurate Reporting, available at: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Guidance/ltbc-guidance-dec-2011.pdf>

Pratiyush Kumar, Kuljit Singh. Media, the Fourth Pillar of Democracy: A Critical Analysis. International Journal of Research and Analytical Reviews. March, 2019.

Rattiaran v. State of Madhya Pradesh, AIR 2012 SC 1485.

Remarks of the Hon. Marilyn Warren AC, Chief Justice of Victoria, Australia, on the occasion of the 2013 Redmond Barry Lecture on Open Justice in the Technological Age, 21 October 2013.

Sean Aday, Henry Farrell, Marc Lynch, John Sides, Deen Freelon. Blogs and Bullets II: New Media and Conflict after the Arab Spring. United States Institute of Peace. July, 2012.

Sheldon Himelfarb. Social Media and Conflict Prevention. United States Institute of Peace. December, 2012.

The International Bar Association's International Principles on Social Media Conduct for the Legal profession. International Bar Association. May, 2014.

---

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

AGARWAL, Harshita; SEN, Poulomi. Social Media-Tion: A Constructive Approach to Dispute Resolution? *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 03, n. 06, p. 131-145, jul./dez. 2021. DOI: 10.52028/rbadr.v3i6.7.

---



# A arbitrabilidade objetiva do ato administrativo discricionário à luz do entendimento do STJ

## Kauê Henrique Neto

Acadêmico de Direito do Centro Universitário Curitiba.

## Luciano Reis

Professor de Direito Administrativo do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Doutor em Direito Administrativo pela *Universitat Rovira i Virgili*, na Espanha. Doutor e mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Processual Civil com ênfase em litígios públicos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA, 2004).

---

**Resumo:** O presente artigo visa analisar a fundo a decisão do STJ no âmbito da disputa entre a Petrobras e a ANP acerca da arbitrabilidade objetiva de um ato administrativo discricionário e a competência do juízo arbitral para realizar o controle desse ato administrativo. Analisa-se o voto vencido do Ministro Relator e o voto vencedor da Ministra Regina Helena Costa, bem como os argumentos da ANP pela inarbitrabilidade da disputa. Certamente, a decisão é histórica e será utilizada como precedente ao longo do tempo.

**Palavras-chave:** Arbitrabilidade objetiva. Ato administrativo discricionário. Direito patrimonial disponível.

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Origem da disputa entre a Petrobras e ANP – 3 Votos dos Ministros do STJ – 4 Considerações finais – Referências

---

## 1 Introdução

Em decisão histórica e atual, o Superior Tribunal de Justiça analisou a arbitrabilidade objetiva dos atos administrativos discricionários no âmbito do Conflito de Competência nº 139.519-RJ, suscitado pela Petrobras. A disputa entre a empresa de petróleo e a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) surge no âmbito de um Contrato de Concessão firmado em 1998.

A ANP, por meio da Resolução de Diretoria nº 69/2014 (RD 69/2014) alterou significativamente o Contrato quase quinze anos depois de realizada a concessão. A alteração custou à Petrobras cerca de R\$2 bilhões de reais, tornando o negócio inviável.

Houve resistência ao procedimento arbitral, mesmo com cláusula compromissória incluída no contrato, por parte da ANP. Diante disso, o STJ analisou a arbitrabilidade da RD 69/2014, abordando conceitos da legislação arbitral, bem como conceitos importantes do Direito Administrativo, como indisponibilidade de direitos para a Administração Pública.

Em votação não unânime, a Primeira Seção do STJ decidiu, por cinco votos a dois, que o juízo competente para realizar o controle do ato administrativo é o juízo arbitral. Analisa-se, abaixo, os argumentos levantados pela ANP, embora não persuadiram o STJ, bem como o voto vencido do Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho e o voto vencedor da Ministra Regina Helena Costa.

## 2 Origem da disputa entre a Petrobras e ANP

A disputa entre a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e a Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras), antes de ser remetida à arbitragem, teve fases desgastantes e protelatórias. Embora se analise especificamente a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no âmbito do Conflito de Competência nº 139.519-RJ, é necessário contextualizar, desde o início, o surgimento da discussão acerca da arbitrabilidade do ato administrativo discricionário proferido pela ANP.

Em 06 de agosto de 1998, a ANP celebrou um contrato de concessão com a Petrobras para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural no bloco BC-60. O bloco era composto por sete campos de exploração diferentes, sendo denominados de Baleia Anã, Baleia Azul, Baleia Franca, Cachalote, Caxareu, Jubarte e Pirambu, todos localizados no Estado do Espírito Santo.

A Petrobras explorou os campos que o contrato de concessão englobou sem maiores dificuldades até dia 14 de fevereiro de 2014, por cerca de 16 anos. Neste dia, a empresa foi surpreendida com o Ofício 244/2014/SDP, expedido pela ANP, o qual informava da existência da Resolução de Diretoria 69/2014 (RD 69/2014). Este é o ato administrativo discricionário da ANP que causou a disputa entre as partes.

Em suma, a RD 69/2014 decidiu considerar os sete campos de exploração como um único campo, denominado de Campo de Jubarte. Ainda, determinou que a Petrobras apresentasse, no prazo de 180 dias, um plano de desenvolvimento do campo já unificado, sob pena de extinção do contrato de concessão.

O ato administrativo unilateral modificou as cláusulas contratuais do contrato de concessão e causou um ônus financeiro à Petrobras que tornava a exploração de petróleo e gás natural inviável. Inclusive, no Ofício enviado à Petrobras informando da RD 69/2014, que unificou os sete campos de exploração, a ANP faz menção direta ao interesse arrecadatório em unificar os campos de exploração, aumentando a arrecadação em cerca de 10%. Com a unificação dos campos,

a ANP intimou a Petrobras, conforme alegado pela própria empresa, ao recolhimento, a título de participação especial, do montante de R\$2.193.895.353,88. Portanto, através de um ato administrativo discricionário, além de modificar unilateralmente um contrato de concessão, a ANP buscava uma arrecadação de mais de dois bilhões de reais.

Insatisfeita, a Petrobras solicitou, na via administrativa, a reconsideração da RD 69/2014, postulando a revogação/anulação do ato administrativo. Entretanto, não obteve êxito em seu pedido.

Diante da cláusula arbitral contida no contrato de concessão entre as partes, e sem qualquer alternativa, a Petrobras instaurou um procedimento arbitral em face da ANP perante a Corte Internacional de Arbitragem – ICC com o pedido de declaração de nulidade da RD 69/2014 pelo Tribunal Arbitral. Pela primeira vez na história da arbitragem no Brasil, uma empresa solicitou que um tribunal arbitral realizasse o controle do ato administrativo e, conseqüentemente, declarasse sua nulidade.

Considerando que Tribunal Arbitral ainda não tinha sido instalado, com o apontamento dos árbitros, em 24 de abril de 2014, a Petrobras ajuizou uma Ação Cautelar na Justiça Federal do Rio de Janeiro, com a finalidade de, liminarmente, suspender os efeitos da RD 69/2014 da ANP. Houve concessão do pedido liminar da Petrobras em primeira instância, sendo posteriormente cassada pelo Tribunal de origem em decisão proferida em sede de agravo de instrumento interposto pela ANP pela 8ª Turma Especializada do TRF-2.

Com a decisão de cassação da liminar, e já instaurado o Tribunal Arbitral para resolver a disputa, o Tribunal Arbitral proferiu decisão parcial determinando que, enquanto não houvesse deliberação sobre o pedido cautelar da Petrobras pelo Tribunal Arbitral, as partes estavam impedidas de praticar quaisquer atos que pudessem afetar a esfera de direitos da outra.

Uma vez que a ANP tomou ciência do procedimento arbitral instaurado no ICC, ajuizou Ação Anulatória na Justiça Federal do Rio de Janeiro, em face da Petrobras, pleiteando a anulação do procedimento arbitral. Os argumentos, como será abordado oportunamente, são fundamentados na indisponibilidade do direito da ANP e a conseqüente inarbitrabilidade objetiva da disputa. Portanto, conforme alegado pela ANP, o Tribunal Arbitral instaurado não teria a devida competência para resolver a disputa.

A tentativa da ANP, entretanto, foi infrutífera, pois a 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro negou o pedido liminar de suspensão da arbitragem, bem como confirmou, por meio de sentença, a improcedência total da ação. No âmbito desse processo, o Estado do Espírito Santo, local em que os campos de exploração se encontravam, buscou o ingresso no polo ativo, pois alegou interesse direto na disputa entre as partes, considerando os *royalties* que seriam arrecadados com a unificação dos campos. Entretanto, seu pedido foi negado.

A ANP e o Estado do Espírito Santo apelaram da sentença de improcedência ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2), cada qual com seus objetivos e fundamentos. Mas, antes mesmo que as apelações fossem recebidas pelo TRF-2, a ANP e o Estado do Espírito Santo, em autos separados, ingressaram com uma Ação Cautelar no TRF-2 requerendo a suspensão do procedimento arbitral com o argumento de que havia risco que o Tribunal Arbitral tomasse alguma decisão acerca da nulidade da RD 69/2014 antes que suas Apelações fossem julgadas pelo próprio TRF-2.

A Ação Cautelar foi julgada pela 8ª Turma Especializada do TRF-2, pois estava preventa em decorrência do julgamento de outro recurso interposto pela Petrobras anteriormente. A 8ª Turma concedeu o pedido liminar para suspender a tramitação da arbitragem instaurada pela Petrobras para discutir a validade de RD 69/2014. A Petrobras recorreu da decisão, por meio de Agravo Regimental, mas não obteve o êxito para reforma da decisão.

A partir dessa decisão, instaurou-se o conflito de competência entre a jurisdição estatal e arbitral. Por um lado, a 8ª Turma Especializada do TRF-2 entendeu que a disputa entre as partes não era arbitrável. Por este motivo, caberia ao Poder Judiciário decidir acerca da validade, ou não, da RD 69/2014. Por outro lado, a Petrobras defendeu que o Tribunal Arbitral instaurado na ICC tinha competência, pois, ao contrário, entendeu a disputa como arbitrável.

Finalmente, a Petrobras suscitou o conflito de competência ora analisado, requerendo o reconhecimento da competência do Tribunal Arbitral. No âmbito do conflito de competência, a Petrobras requereu, liminarmente, a declaração de competência do Tribunal Arbitral para decidir sobre medidas e providências de natureza emergenciais.

Para tanto, levanta que o *periculum in mora* existe devido à cobrança de R\$2.193.895.353,88, acrescentado de 50% em caso de não pagamento, conforme Ofício ANP 223/2015/SPG. Além do mais, a Petrobras estava obrigada a efetuar o pagamento de outro valor elevado referente às participações governamentais correspondentes ao primeiro trimestre de 2015. Por fim, a RD 69/2014 obrigava a empresa a modificar todo seu plano para exploração do petróleo nos campos, considerando a unificação. Caso não houvesse a decisão, os danos seriam irreversíveis.

O *fumus boni iuris* se encontrava na violação ao ordenamento jurídico decorrente da decisão da 8ª Turma do TRF-2 que ignorou o fato de que cabe ao Tribunal Arbitral decidir acerca da sua própria competência, com base no princípio *kompetenz-kompetenze*.

O pedido liminar foi concedido e determinou, provisoriamente, a competência ao Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – ICC para o exame de medidas ou providências de natureza

emergencial, urgente ou acauteladora. Ainda, suspendeu toda e qualquer ação judicial vinculadas ao objeto do conflito de competência até que o conflito fosse sanado, bem como a cobrança de qualquer valor decorrente da RD 69/2014 da Petrobras pela ANP.

Algum tempo depois, a Petrobras apresentou petição nos autos informando o juízo que a ANP ainda estava buscando a cobrança do valor bilionário da empresa. A juízo reiterou a decisão que determinou a suspensão de quaisquer cobranças decorrentes da RD 69/2014 devido à unificação dos campos.

Ainda antes do STJ tomar uma decisão acerca do conflito, o Estado do Espírito Santo interpôs agravo regimental alegando que a Petrobras não tinha efetuado pagamento incontroverso e não decorrentes da RD 69/2014 referente à participação governamental da exploração de petróleo e gás natural.

Com isso, houve decisão determinando o pagamento dos valores, pois, conforme alegado pelo Estado, eram incontroversos e devidos independentemente da anulação ou não do RD 69/2014. Entretanto, fez a ressalva que o valor teria de ser calculado antes da unificação dos campos, o que diminuiria significativamente a arrecadação do Estado em *royalties*.

Por fim, houve parecer do Ministério Público Federal juntado, de lavra do Subprocurador-Geral da República, opinando pela procedência do reconhecimento da competência do Tribunal Arbitral instaurado no ICC para resolver a disputa entre as partes.

Assim, sobreveio a sentença confirmando a competência do Tribunal Arbitral para decidir acerca da validade do ato administrativo discricionário RD 69/2014. Apesar da decisão, há que se considerar os argumentos importantes e bem fundamentados da ANP e do Estado do Espírito Santo que contrariam a decisão do STJ. Devido a estes argumentos, a decisão do STJ não foi unânime, tendo como voto vencido o reconhecimento da competência de Justiça Federal em decisão proferida pelo Exmo. Sr. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, acompanhado pelo Ministro Benedito Gonçalves.

No decorrer do presente artigo, portanto, analisa-se os argumentos de todas as partes, bem como a decisão do STJ reconhecendo a competência do Tribunal Arbitral. A importância da decisão é incalculável, pois, pela primeira vez, o STJ reconheceu que um Tribunal Arbitral pode decidir acerca da validade de um ato administrativo discricionário.

## 2.1 Argumentos pela inarbitrabilidade da disputa

Na tentativa de se escusar do compromisso em submeter toda e qualquer disputa ou controvérsia decorrente do contrato de concessão firmado com



a Petrobras à arbitragem, a ANP juntou um parecer escrito por Patrícia Ferreira Baptista, o qual, posteriormente, foi publicado na *Revista de Direito Administrativo*.

Neste parecer, são abordados alguns pontos, como a arbitrabilidade objetiva da disputa, a admissibilidade do controle jurisdicional prévio sobre a arbitrabilidade do conflito, a competência regulatória da ANP, entre outros assuntos. Entretanto, embora todos os temas sejam de extrema relevância, o que se aborda no presente artigo diz respeito apenas à arbitrabilidade objetiva da disputa entre a ANP e Petrobras, conforme decidido pelo STJ.

Em seu parecer, Patrícia Ferreira Baptista discorre sobre dois fundamentos pelos quais é possível identificar a inarbitrabilidade da disputa. O primeiro (2.1.1) diz respeito aos limites impostos à arbitragem pela ordem jurídica nacional. O segundo (2.1.2) discorre sobre a indisponibilidade do direito controvertido pelas partes, subdividindo em outros dois pontos, referentes à soberania do Estado brasileiro e os interesses federativos de não signatários da cláusula (BAPTISTA, 2017, p. 257).

### 2.1.1 Os limites impostos à arbitragem pela ordem jurídica nacional

O primeiro argumento para a inarbitrabilidade da disputa utilizado pela ANP se fundamenta nos limites impostos pela legislação nacional referente à arbitrabilidade de disputas. Para determinar se alguma disputa é arbitrável ou não, é necessário analisar a *lex arbitri* (REDFERN; HUNTER, 2015, p. 03) aplicável ao caso, pois não há um único conceito global de arbitrabilidade (BAPTISTA, 2017, p. 254-255).

À luz da cláusula arbitral inserida no contrato de concessão firmado entre a Petrobras e a ANP, na Cláusula 29.4, é aplicável ao procedimento arbitral a Lei de Arbitragem Brasileira, Lei nº 9.307/1996. Portanto, a ANP argumenta que a limitação do disposto no art. 1º da Lei de Arbitragem<sup>1</sup> é vinculante, de modo que as partes não têm total autonomia, por mais que a cláusula arbitral no caso concreto seja bastante genérica. As disputas arbitráveis, no Brasil, estão limitadas aos direitos patrimoniais disponíveis.

O argumento da ANP, nesse sentido, está em consonância com a legislação e doutrina. O âmbito de incidência do procedimento arbitral não decorre exclusivamente da vontade geral das partes, mas também da limitação imposta pelo ordenamento jurídico (VALDÉS, 2007, p. 142). Portanto, só poderá ser arbitrável o direito patrimonial disponível.

<sup>1</sup> “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

A disputa, conforme alega a ANP, envolve direito patrimonial indisponível e, por essa razão, se encontra limitada pelo ordenamento jurídico nacional, que permite somente a discussão sobre direitos patrimoniais disponíveis. Embora o termo direito patrimonial indisponível seja de difícil conceituação (BAPTISTA, 2017, p. 158), a ANP considerou que direito indisponível é aquele não transacionável, impossível de ser renunciado, cedido ou alienado, sendo aquele que se situa fora da autonomia da vontade das partes.

Esse entendimento está em consonância com a doutrina nacional, conforme vários doutrinadores consideram. Carlos Alberto de Salles conceitua arbitrabilidade objetiva para a Administração Pública como situações possíveis de serem resolvidas por meio de decisão arbitral e que as partes tenham submetido tal situação, por meio de convenção arbitral válida, ao juízo arbitral (SALLES, 2011, p. 207-208). Nesse sentido, Heitor Vitor Mendonça Sica comenta que parece razoável o entendimento que são arbitráveis, para a Fazenda Pública, os direitos disponíveis nos limites traçados pela legislação (SICA, 2016, p. 275).

Na mesma linha, Eros Grau divide a atuação do Estado em patamar econômico em duas figuras: atividade econômica em sentido estrito e serviço público (GRAU, 2010, p. 100). Partindo dessa premissa, é possível concluir que qualquer forma que o Estado atue na transferência de bens ou serviços pode ser economicamente mensurada, tomando valor patrimonial, sem ter um valor nominal em moeda corrente necessariamente delimitado (VITA, 2008, p. 207).

Por fim, cabe trazer a conclusão de Carmem Tibúrcio referente à arbitrabilidade objetiva e os poderes de árbitros em situações que envolvem procedimentos com a Administração Pública (TIBÚRCIO, 2018 [versão digital]):

Não há nada que um tribunal arbitral possa fazer que o Estado-juiz não pudesse, se estivesse diante do mesmo caso. Os mesmos limites incidentes à cognição e à atuação dos juízes se estendem também aos árbitros. Dessa forma, assim como não compete ao Judiciário substituir, pelas suas, as opções legítimas da Administração Pública no exercício de atribuições discricionárias, tampouco o árbitro poder pretender algo semelhante.

Conclui-se, assim, que há um limite imposto às disputas que poderão ser resolvidas por meio da arbitragem: direitos patrimoniais disponíveis. A ANP, então, alega que a disputa com a Petrobras se trata de direito indisponível, limitado pelo ordenamento jurídico, motivo pelo qual é inarbitrável, como discorrido abaixo.

## 2.1.2 Indisponibilidade do direito controvertido entre as partes

O cerne da argumentação da ANP é de que o campo de exploração de petróleo é patrimônio público da União, conforme art. 20, V e IX da Constituição

Federal,<sup>2</sup> e, portanto, indisponível. Desse modo, embora o art. 43, X da Lei nº 9.478/1997<sup>3</sup> permita a previsão de cláusulas arbitrais nos contratos de concessão de petróleo e gás, o alcance da arbitragem é limitado pela indisponibilidade do patrimônio público.

Na jurisprudência, a ANP traz em sua argumentação diversas decisões do Tribunal de Contas da União que decidem pela inarbitrabilidade de qualquer disputa envolvendo a Administração Pública, como os acórdãos nºs 188/1995, 584/2003, 537/2006 e 2573/2012. Além dos citados pela ANP, é possível encontrar esse entendimento também nos acórdãos 215/2004, 906/2003 e 587/2003, todos do TCU.

Entretanto, embora a ANP reconheça que esse entendimento já não persiste mais, no caso concreto, alega que as decisões do TCU são aplicáveis. Isso porque o principal motivo das decisões do TCU pela inarbitrabilidade faz menção aos direitos que não são transacionáveis pela Administração Pública.

É possível encontrar, na doutrina, diversas críticas à aplicação do entendimento do Tribunal de Contas da União acerca da sua concepção sobre direitos patrimoniais indisponíveis para Administração Pública.

Flaviana Bissoli e José Luiz de Almeida Simão elencam três fatores principais que fundamentam o entendimento do TCU sobre a impossibilidade da arbitragem com entes administrativos (BISSOLI; SIMÃO, 2016, p. 195). Primeiro, pela inexistência de autorização legislativa expressa que permita a instituição da arbitragem. Claro que as decisões do TCU são anteriores a 2015, de modo que esse argumento é facilmente contestado com a reforma da lei arbitral.

Segundo, o princípio da confidencialidade na arbitragem vai de encontro com o princípio da publicidade cogente à Administração Pública. Efetivamente, um dos grandes pilares da arbitragem é a confidencialidade, o que vai em contrassenso do dever de transparência da Administração Pública. Embora não objeto da presente pesquisa, é possível identificar debate nesse sentido e encontrar meios pelos quais a Administração Pública pode se manter transparente, mesmo utilizando a arbitragem, conforme explicado por Paulo Osternack Amaral (AMARAL, 2016, p. 48-50) e José Miguel Júdice (JÚDICE, 2016, p. 297-312).

<sup>2</sup> “Art. 20: São bens da União:

[...]

V – Os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

[...]

IX – Os recursos minerais, inclusive os do subsolo.”

<sup>3</sup> “Art. 43. 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; [...].”

Por fim, a arbitragem não seria possível, de acordo com o entendimento do TCU, devido a indisponibilidade de direitos pelo Estado (BISSOLI; SIMÃO, 2016, p. 195).

Assim, a ANP conclui que a disputa entre as partes se trata de direito indisponível da Administração Pública e, diante disso, o Tribunal Arbitral se vê incompetente para julgar o feito.

Deste modo, argumenta a ANP que “não há como ser endereçado à arbitragem um litígio que demande, no primeiro momento, a eleição da interpretação correta de um dispositivo de lei nacional e, subsequentemente, como decorrência do primeiro, dos limites em concreto de um campo de exploração de petróleo, acerca dos quais o contrato nem sequer dispõe” (BAPTISTA, 2017, p. 262).

Passa, também, à argumentação de inarbitrabilidade do controle de legalidade dos atos administrativos, em razão da indisponibilidade do direito. O ponto de vista da ANP é de que a RD 69/2014 tratou sobre patrimônio público e, deste modo, o tribunal arbitral não tem competência para realizar o controle do ato administrativo, considerando que a arbitragem só poderá tratar de direitos disponíveis. Para fundamentar tal conclusão, junta doutrina do português José Luís Esquível (ESQUÍVEL, 2004, p. 200-201). O autor discorre que os ordenamentos jurídicos de Portugal, Espanha, Alemanha e França não permitem que um tribunal realize o controle de ato administrativo, conforme pleiteado pela Petrobras que o tribunal arbitral brasileiro o faça.

Portanto, do ponto de vista da ANP, para que a disputa fosse arbitrável, “deveria situar-se em zona do contrato que a Administração tivesse estatuído, como qualquer particular, em condição de paridade de armas com o concessionário e, ainda, dissesse respeito à cláusula irrelevante para a satisfação do interesse finalístico da sociedade” (BAPTISTA, 2017, p. 265).

Deste modo, requer ao STJ que reconheça a inarbitrabilidade da disputa que surge entre a ANP e a Petrobras, anulando o procedimento arbitral já iniciado pela Petrobras e remetendo a disputa à Justiça Federal do Rio de Janeiro, defendida como o foro competente.

Entretanto, essa argumentação não foi aceita pelo STJ, embora havendo voto favorável à ANP, declarando a incompetência do Tribunal Arbitral. A seguir, analisa-se os votos dos ministros e ministras do STJ para entender o contraponto e fundamento para que um tribunal arbitral possa realizar o controle de ato administrativo discricionário.

### 3 Votos dos Ministros do STJ

Ao passo que a ANP se opôs à arbitragem, a Petrobras, por sua vez, tinha interesse em cumprir a cláusula arbitral do contrato de concessão e se viu vinculada

à arbitragem. A argumentação da Petrobras foi em sentido contrário à ANP, naturalmente. Alegou que a disputa entre as partes, na verdade, era eminentemente patrimonial e, portanto, plenamente arbitrável.

A decisão final do STJ foi pela arbitrabilidade da disputa e declarou o juízo arbitral competente, aceitando a argumentação da Petrobras. Por este motivo, não se analisará especificamente os argumentos da Petrobras, como feito em relação à ANP, vez que os votos dos ministros já englobam os fundamentos pelos quais houve declaração da competência do juízo arbitral.

Embora a decisão não seja unânime, tendo cinco votos a favor da competência do juízo arbitral e dois em favor da competência do Poder Judiciário, todos os ministros e ministras, independentemente do seu voto final, concordam que a RD 69/2014 envolve direito patrimonial disponível da Administração Pública. Deste modo, o ato administrativo discricionário é perfeitamente arbitrável, motivo pelo qual o Tribunal Arbitral tem competência para decidir sobre sua validade, realizando o controle do ato administrativo.

A seguir, analisar-se-á dois votos divergentes, do Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho e da Ministra Regina Helena Costa. Embora a decisão do primeiro tenha sido pela competência estadual e da segunda pela competência arbitral, ambos concordam que o ato administrativo da ANP é eminentemente patrimonial e arbitrável.

### 3.1 Voto do Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho

O Ministro Relator proferiu voto pelo conhecimento do conflito de competência e declarou a competência para análise da validade do ato administrativo discricionário da Justiça Federal. Entretanto, o fundamento para sua decisão não decorreu da inarbitrabilidade do ato administrativo da ANP, mas pela falta de consentimento do Estado do Espírito Santo. Assim, todos os ministros do STJ concordam que atos administrativos que envolvam direitos patrimoniais são arbitráveis.

Logo de início, na ementa ao voto, o Ministro Relator afirma que “a suposta indisponibilidade dos direitos concedente à delimitação de campo de petróleo, sustentada pela Justiça Federal para afastar o feito da competência da Justiça Privada, não se mantém, verificando-se do bojo dos autos seu caráter eminentemente patrimonial [...]” (MAIA FILHO, 2017, p. 13). Aos olhos do Ministro Relator, discute-se nos autos dois pontos cruciais para a determinação da competência para realizar o controle do ato administrativo: (i) a arbitrabilidade da disputa e (ii) a viabilização da defesa dos interesses do Estado do Espírito Santo, não signatária da cláusula arbitral.

Referente ao primeiro tópico, o Ministro Relator conceitua direito indisponível como aquele que impõe limites à vontade do próprio titular. Assim, é indisponível

à Administração Pública aquilo que não poderá ser transacionado, seja por lei ou natureza inalienável (MAIA FILHO, 2017, p. 18).

À luz do conceito de indisponibilidade para Administração Pública, conclui-se que a RD 69/2014 não envolve direito indisponível, pois a unificação dos campos de petróleo determinada pelo ato administrativo não é medida indisponível ou de caráter indisponível à ordem pública. Por mais de quinze anos, a Contrato de Concessão entre a Petrobras e a ANP considerou o campo de exploração como sete campos distintos. Anos depois, a ANP, por discricionariedade e com intenção de aumentar o rendimento do Estado, decide unificar os campos em um só. Desse modo, não há nada de direito patrimonial indisponível na RD 69/2014.

Assim, o conceito de arbitrabilidade objetiva do artigo 1º da Lei Brasileira de Arbitragem está caracterizado. O Ministro Relator, diante desses fundamentos, decidiu que o problema não reside na arbitrabilidade do ato administrativo, mas sim na defesa dos interesses do Estado do Espírito Santo.

Embora não objeto do presente artigo, cabe esclarecer que o único motivo pelo qual o Ministro Relator votou pela competência da Justiça Federal foi pela impossibilidade de incluir o Estado do Espírito Santo, que tem interesse na disputa, no procedimento arbitral. Utilizou a redação do artigo 4º da Lei Brasileira de Arbitragem,<sup>4</sup> o qual determina que só poderá participar do procedimento arbitral aquele que expressou consentimento à cláusula compromissória.

Uma vez que o Estado do Espírito Santo não é parte no Contrato de Concessão firmado entre a ANP e a Petrobras, não houve consentimento expresso à cláusula arbitral contida no contrato. Deste modo, o STJ não poderá obrigar o Estado do Espírito Santo a participar da arbitragem contra sua vontade, restando competência ao Poder Judiciária para viabilizar e ouvir a defesa do Estado.

Ao final, diante do cerceamento de defesa do Estado do Espírito Santo no âmbito do procedimento arbitral já instalado, o Ministro Relator decidiu pela competência do Poder Judiciário (MAIA FILHO, 2017, p. 22). Junto ao Ministro Relator, o Ministro Benedito Gonçalves também concordou com a competência da Justiça Federal, pelos mesmos fundamentos já expostos.

Os outros cinco ministros e ministras da Primeira Seção do STJ, entretanto, não concordaram com o Ministro Relator e acompanharam o voto da Ministra Regina Helena Costa. A seguir, analisar-se-á os argumentos e considerações do voto da maioria dos Ministros através do voto da Ministra Regina Helena Costa.

<sup>4</sup> “Art. 4º. 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.”

### 3.2 Voto da Ministra Regina Helena Costa

Em um voto muito mais elaborado, a Ministra Regina Helena Costa traz uma fundamentação robusta sobre a doutrina e jurisprudência acerca do tema discutido no caso. Ao final, explica que, ao contrário do voto do Ministro Relator, a juízo arbitral tem competência para realizar o controle do ato administrativo discricionário da ANP. Ainda, explica porque a jurisdição arbitral não retira a viabilidade da manifestação do Estado do Espírito Santo.

Semelhante ao voto do Relator, a Ministra concorda que a RD 69/2014 da ANP envolve direito eminentemente patrimonial e disponível. O ato administrativo alterou unilateralmente o Contrato de Concessão entre a Petrobras e a ANP ao unificar os sete campos de petróleo explorados pela empresa. Essa unificação aumentou o *Government Take* de 49,8% para 58,8%. Portanto, a RD 69/2014 apenas aumentou a arrecadação da Administração Pública em cerca de 10%, trazendo a noção de direito patrimonial à disputa.

Ainda, a unificação não é obrigatória, ou seja, não seria necessário para que a Petrobras explorasse os campos de petróleo. Até porque, desde 1998, a Petrobras explora os campos de petróleo sem maiores dificuldades. A unificação é um ato discricionário da ANP, o que acarretou um ônus de R\$2 bilhões de reais à concessionária. Assim, traz a noção de direito disponível, vez que não envolve questões de ordem pública ou demais regras cogentes à Administração Pública.

Para chegar a esta conclusão, a Ministra se debruça na doutrina nacional nos conceitos e entendimentos sobre disputas arbitráveis que envolvem a Administração Pública. Todos, sem exceção, defendem que é perfeitamente possível a Administração Pública participar de um procedimento arbitral, desde que envolva direito patrimonial disponível, como é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Eros Roberto Grau e Marçal Justen Filho.

Ainda, analisa a jurisprudência dos tribunais superiores que concretizam o entendimento doutrinário acerca da arbitrabilidade subjetiva e objetiva da Administração Pública, como no Caso Lages, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em 1973.

Referente à possibilidade da inclusão do Estado do Espírito Santo na arbitragem, a Ministra comenta que, apesar de ser perfeitamente possível o chamamento de terceiros aos procedimentos arbitrais, isso deverá ser decidido pelo próprio Tribunal Arbitral, uma vez que apenas este tem competência. Portanto, não cabe, neste momento, ao STJ analisar a questão do consentimento, ou não, do entre federativo.

Além do mais, a própria cláusula compromissória do contrato determina expressamente que o Tribunal Arbitral decide sobre a “necessidade ou desnecessidade de participação de partes não-signatárias no procedimento arbitral”.

O Tribunal Arbitral analisará certamente sobre a inclusão do Estado do Espírito Santo na arbitragem. Se for o caso, o ente federativo poderia buscar a anulação da sentença arbitral posteriormente por desrespeito aos seus direitos. Mas, neste momento, caberia apenas aos Ministros determinarem a competência arbitral.

Junto com a Ministra, acompanharam este entendimento o Ministro Mauro Compbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina e Gurgel de Faria. Com estes votos, ficou decidido pela Primeira Seção do STJ que o juízo arbitral detém a competência para analisar a validade do ato administrativo discricionário da ANP.

## 4 Considerações finais

A arbitragem com a Administração Pública cresce a cada dia no Brasil e evolui, para melhor, conforme o tempo. Decisões bem fundamentadas, debatidas e decididas com autoridade pelo Judiciário melhora o funcionamento e traz boas impressões, nacional e internacionalmente.

Citando um voto da Ministra do STJ Maria Isabel Gallotti, proferido em 2001, “o convívio harmônico dos Juízes Arbitrais com os órgãos do Judiciário constitui ponto fundamental ao prestígio da arbitragem”.

Há que destacar que o STJ é bastante favorável à instituição da arbitragem. Inclusive, pode-se considerar casos sobre o tema da obrigatoriedade da cláusula arbitral inserida em contratos administrativos, como REsp nº 616/RJ e REsp nº 712.566/RJ. Neste último, a Ministra Nancy Andrighi menciona que o desrespeito à cláusula arbitral pode acarretar à empresa brasileira prática de ato desleal por descumprimento do que foi pactuado.

Assim, não resta dúvida da importância do caso analisado acima. Pela primeira vez, o STJ reconheceu que o controle de ato administrativo discricionário não se dá apenas no Poder Judiciário, mas, desde que envolva direito patrimonial e disponível, é possível ser realizado por um Tribunal Arbitral.

Certamente, os efeitos dessa decisão serão percebidos ao longo do tempo e a importância será reconhecida em mais e mais casos. Por ora, resta à comunidade jurídica comemorar um entendimento racional dos institutos da arbitragem e as aplicações práticas da doutrina na jurisprudência.

---

### **The objective arbitrability of the discretionary administrative act in light of the STJ's understanding**

**Abstract:** This article aims to thoroughly analyze the STJ's decision in the context of the dispute between Petrobras and ANP regarding the objective arbitrability of a discretionary administrative act and the competence of the arbitral tribunal to control the administrative act. The losing vote of the Reporting Minister and the outgoing vote of Minister Regina Helena Costa are analyzed, as well as ANP's arguments for the disputes non-arbitrability. Certainly, the decision is historical and will be used as a precedent over time.

**Keywords:** Objective arbitrability. Discretionary administrative act. Available equity right.

---



## Referências

- AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*. Aspectos Processuais, Medidas de Urgência e Instrumentos de Controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Arbitrabilidade objetiva do conflito entre Petrobras e a ANP. *Revista de Direito Administrativo*. V. 275, p. 251-318. Rio de Janeiro, mai/pago., 2017.
- BISSOLI, Flaviana; SIMÃO, José Luiz de Almeida. Arbitragem nos Contratos Administrativos. *In*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-05-2019*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 289-295.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência nº 139.519/RJ*. Suscitante: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras. Suscitados: Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – ICC e Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento: 11 out. 2017. Publicação: 10 nov. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.331.100/BA*. Recorrente: Kieppe Participações e Administração LTDA. Recorrido: GRAAL Participações LTDA. Relator: Min. Raul Araújo. Julgamento: 22 fev. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 616/RJ*. Recorrente: Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro. Recorrido: AS Ivarans Rederi. Relator: Min. Gueiros Leite. Julgamento: 27 fev. 1991. Publicação: 01 abr. 1991.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 712.566/RJ*. Recorrente: Espal Representações e Conta Própria LTDA. Recorrido: Wilhelm Fette GMBH. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 27 set. 2005. Publicação: 10 out. 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Interno nº 52.181*. Agravante: União Federal. Agravado: Espólio de Renaud Lage e outros. Relator: Min. Bilac Pinto. Julgamento: 14 nov. 1973. Publicação: 15 fev. 1974.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 215/2004*. Autos nº 010.139/2002-0. Natureza: Prestação de Contas. Entidade: Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial. Relator Min. Ubiratan Aguiar. Julgamento: 10 mar. 2004.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 906/2008*. Autos nº 004.982/2003-8. Natureza: Representação. Entidades: Superintendência Regional do Dnit em Goiás. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Julgamento: 21 maio 2008.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 587/2003*. Autos nº 004.031/2003-0. Natureza: Levantamento de Auditoria. Entidade: Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes. Relator: Min. Adylson Motta. Julgamento: 28 maio 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- JÚDICE, José Miguel. Confidencialidade e publicidade. Reflexão a propósito da Reforma da Lei de Arbitragem (Lei n. 13.129, de 25 de maio de 2015). *In*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-05-2019*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 297-312.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-05-2019*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TIBÚRCIO, Carmen. Arbitragem Envolvendo a Administração Pública: Arbitrabilidade Objetiva e Subjetiva. Histórico e Situação Atual. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Arbitragem e Administração Pública: Temas Polêmicos*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018. Versão digital. [s.p.].

VALDÉS, Juan Eduardo Figueroa. Principle of Kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, a. 4, v. 15, p. 142, out./dez. 2007.

VITA, Jonathan Barros. O desenvolvimento continuado de uma nova visão da interação entre a arbitragem e o poder público. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil: Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

---

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

HENRIQUE NETO, Kauê; REIS, Luciano. A arbitrabilidade objetiva do ato administrativo discricionário à luz do entendimento do STJ. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 03, n. 06, p. 147-161, jul./dez. 2021. DOI: 10.52028/rbadr.v3i6.8.

---



# Maritime arbitration – Ad hoc and institutional methods: A view from a Brazilian perspective

## **Lucas Leite Marques**

Partner at Kincaid | Mendes Vianna Advogados.

## **Gabriela Júdice Paoliello**

Maritime law specialist.

## **Rafaela Brandão Rocha**

Trainee at Kincaid | Mendes Vianna Advogados.

---

**Abstract:** This article intends to present and discuss the relevance of arbitration as a method of resolution of maritime conflicts comparing types of maritime arbitrations in the international scenario and in Brazil, commenting the differences between ad hoc and institutional arbitration.

**Keywords:** Arbitration. Maritime contracts. International Maritime Arbitration Associations. Ad Hoc and Institutional Arbitration.

**Summary:** **I** Introduction – **II** Arbitration in Brazil – **III** Ad hoc and institutional arbitration – **IV** Maritime arbitration in the international scenario – **V** Conclusion/Comments from a Brazilian Perspective – References

---

## **I** Introduction

As widely known, arbitration is seen today as one of the most efficient and respected means of alternative dispute resolution.

The use of arbitration to solve international disputes is well consolidated in the shipping practice and trade sectors. As such, arbitration clauses are commonly adopted by the parties in international maritime contracts, in harmony with the practice and customs of maritime trade.

The purpose of this paper is to give a general picture on the relevant use of maritime arbitration in the shipping industry, brief comments on some of the main international maritime associations and its methods of ad hoc, institutional or hybrid arbitration, with a conclusion focusing on the Brazilian maritime arbitration.

## II Arbitration in Brazil

Brazil is a major exporter of commodities and importer of goods, and the maritime commerce plays an important role in approximately 95% of the country's international trade. Therefore, the demand for resolutions of disputes involving maritime disputes has been constantly increasing in Brazil.

Up until the nineties, Brazil was somewhat apart of the developments of arbitration taken place in the rest of the world. It was only in 1996, that it was possible to see a change of the scenario.

The year of 1996 also marked the ratification of the 1975 Panama Convention on Inter-American Commercial Arbitration by the Brazilian Government, but, more importantly, later that year a Brazilian Arbitration Law was enacted.

Arbitration in Brazil started to be governed by Federal Act No. 9.307/1996, later on amended by the Act No. 13.129/2015, also known as the Arbitration Law (the "Brazilian Arbitration Act" or "BAA"). In a way, the Arbitration Act removed the legal obstacles to effectiveness of arbitration in Brazil, thus bringing Brazilian law in line with the most modern legislations in this area.

In a country with a cultural tendency to take disputes to the judicial courts, the new law aimed to create what ROMANO describes as "*a more hospitable environment for commercial arbitration*".<sup>1</sup>

However, following the culture of judicial disputes, even the Arbitration Law was taken to court. Some jurists, then, argued that the new Law violated the Federal Constitution in as much as it limited the right of the parties of access to the Judicial Courts. The Federal Constitution states in its Article 5, XXXV that "the law shall not exclude any injury or threat to a right from the consideration of the Judicial Power", reason why the Arbitration Law was subject to its first test before the judicial courts.

After long years of debates at court, in the records of an enforcement of foreign award (proceedings no. SE 5.206), it was only in 2001 that the Federal Supreme Court decided in favour of the constitutionality of the Arbitration Law. The decision was rendered by majority of votes, with seven Justices voting in favour of the arbitration law and 4 justices against the constitutionality of same, being stated that the constitutional rules do not deprive the parties of the right to choose the method of conflict resolution, as they are free to choose to settle a dispute out-of-court or to present a claim to a State Court or an Arbitration Panel.

<sup>1</sup> Romano, Cristina Schwanssee (1999) "The 1996 Brazilian Commercial Arbitration Law," Annual Survey of International & Comparative Law: Vol. 5: Iss. 1, Article 4. Available at: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol5/iss1/4>, on September 18, 2019.

For such reason, 2001 also represents a year of significant importance for arbitration in Brazil. It was only after the declaration of constitutionality of the Arbitration Act by the Supreme Court, that arbitration really started to gain force in Brazil.

Results of such important judgment could be seen right away, on 2002, with the ratification of the New York Convention by the Brazilian Government, through Decree n. 4.311/2002, as well as the creation of some important arbitration institutions in Brazil, such as the CBMA – Brazilian Center of Mediation and Arbitration.

Ever since, the use of arbitration in Brazil had grown considerably, and over the past couple decades arbitration procedures and institutions have been gaining strength in the country. Since then, some relevant international conventions were ratified by the country, and several new laws and regulations have been issued by the Federal and State Governments stimulating the use of alternative dispute resolutions methods such as arbitration and mediation,<sup>2</sup> which should now be referred to as adequate dispute resolution matters.

Despite the tendency in Brazil for the parties to litigate their controversies before the judicial courts, the numbers are expected to change in the years to come. Brazilian arbitration is now widespread and several Brazilian parties are also resorting to arbitration instead, especially in the corporate, infra-structure, energy and trade sectors.

Notwithstanding this exceptional development of Brazilian arbitration in general, maritime arbitration so far did not entirely follow the trend of these other areas. Although arbitration is highly common in international shipping contracts, Brazilian parties in the shipping sector still mostly refer their disputes to the judicial courts.

Nonetheless, there is plenty of room for a significant growth in the number of maritime arbitrations in the country, as the Brazilian judiciary system is extremely overpacked with time consuming proceedings and, on many occasions, lacks expertise to deal with complex maritime matters.

It is possible that this scenario may change in the near future, as in the recent years there were a few maritime arbitrations being initiated in Brazil and arbitration clauses being inserted in some offshore shipping contracts, having the use of maritime arbitration been promoted in several maritime events and congress held in the country. For instance, the matter was discussed by the authorities during

---

<sup>2</sup> E.g. Law 8,307/1996 (Arbitration Law); Decree 4,311/2002 (1958 New York Convention); Law 13,129/2015; 13,140/2015 (Mediation Law); Law 13,105/2015 (Civil Procedural Code, stimulating the use of mediation as a preliminary step for all court cases); Law 12,815/2013 (Port Law, establishing the possibility of arbitration with the public administration); Decree 8,465/2015 (regulating arbitration with the public administration in the port sector); Decree 10,0205/2019 (regulating arbitration with the public administration in the sectors of ports, road transportation, railway transportation, waterway transportation and air transportation); the Singapore Convention on Mediation (the “Singapore Convention”), signed by Brazil on June, 2021.

the International Congress of Maritime Arbitrators (ICMA), held in Rio de Janeiro in Marth 2020, an event that certainly put Brazil in the international spotlight for maritime arbitration.

### III Ad hoc and institutional arbitration

As provided for in article 5º of Law nº 9.307/96 (Arbitration Law), the parties reporting to the rules of any institutional arbitration body or specialized entity, arbitration will be instituted and processed in accordance with such rules, and the parties establish in the clause itself, or in another document, the form agreed upon for the institution of arbitration.

In institutional arbitration, the parties agree to submit their dispute to the administration and, to some extent, the procedural rules of a permanently established arbitration forum or center, which will administer and supervise the conduct of any arbitration that is commenced under the arbitration agreement. These institutions provide a framework of rules and procedures for entire arbitral hearing.

The Brazilian Center for Mediation and Arbitration (CBMA); the Brazil-Canada Chamber of Commerce Arbitration and Mediation Center (CAM-CCBC); the FGV Conciliation and Arbitration Chamber; the CIESP/FIESP Chamber of Conciliation, Mediation and Arbitration; the Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC); among others, are some of the best-known examples of institutional arbitral bodies in Brazil.

On the other hand, *ad hoc* arbitration involves arbitration outside the established administrative bodies, pre-constituted by an arbitrator appointed exclusively for that purpose. Ad hoc proceedings aim to provide the parties with more freedom to manage themselves and conduct the procedures, without the involvement of any arbitral institution, but in conjunction with the arbitrators directly. This also means the avoidance of some of the costs in the form of administrative and arbitrator's fees which are specified in the rules of many of the institutional bodies. The parties can negotiate the arbitral rules themselves, leave the rules to the discretion of the arbitrators or adopt rules specially tailored for ad hoc arbitration, such as the UNCITRAL Rules for example.

A point to be highlighted is that institutional arbitration is seen to be more appropriate to settle conflicts that have the government as a party, as it has been expressly stated in some relevant domestic legislation regulating arbitration involving public entities. It should be noted that article 3º, V, of Federal Decree nº 10.025/2019 provides that "the arbitration will preferably be institutional" and, in the same sense, article 3º of Decree nº 64.356/2019, of the State of São Paulo,

prescribes that “arbitration will preferably be institutional, and ad hoc arbitration may justifiably be found”.

A problem which seems to arise in ad hoc arbitration is that the parties may enter into disagreements about the many different steps of the arbitration procedures between themselves. To overcome this problem, it is suggested that that parties incorporate a set of comprehensive and well-prepared rules by reference in their arbitration agreement (Aksen, 1991).<sup>3</sup> However, ad hoc arbitrations can only be successful if there is enough cooperation between the parties, if the parties understand the arbitration procedures and the arbitrations are conducted by experienced lawyers and arbitrators. It is a method of arbitration for sophisticated parties, one could say.

Another important disadvantage is that ad hoc arbitration awards may not be enforced under certain jurisdictions. On the other hand, institutional arbitration is administered by a specialized institution and the proceedings are based on a set of rules and fixed fee schedule and the institution generally serves as a buffer between the parties and the arbitrator which helps to preserve neutrality, uniformity as well as efficiency (Shah & Gandhi, 2011).<sup>4</sup>

According to Pereira,<sup>5</sup> if the parties opt for ad hoc arbitration, it is possible to foresee some of the important elements to be considered, such as: (i) the need to have a “secretary”, selected by mutual agreement between the parties, who will be responsible “for forwarding the communications, for the file of the procedure, for the reorganization of the arbitration, so that it can develop normally, without any incident of route”; (ii) the absence of intermediation by an institutional body regarding the negotiation of arbitrators’ fees; (iii) the definition on how the expenses with the arbitration will be funded and paid, such as the lease of spaces and equipment for the hearing, recording of testimonies, etc.; (iv) the importance of inserting in the contract a full arbitration clause, with detailed indication of the procedures to be followed for the establishment of arbitration, deadlines and criteria for the appointment of arbitrators, among others; and (v) the absence of procedure disciplining the form of replacement of the arbitrators, in case of impediment, incapacity or death.

For Gustavo da Rocha Schmidt, President of the Brazilian Center for Mediation and Arbitration – CBMA, “all of this results in a much slower procedure, legally unsafe and with a real and effective risk of unburdening in the Judiciary, so that any disputes regarding the establishment of ad hoc arbitration and the formation of

---

<sup>3</sup> Aksen, G. (1991). Ad hoc versus institutional arbitration. ICC Arb Bull, 2 (1), 8-14.

<sup>4</sup> Shah, N., & Gandhi, N. (2011). Arbitration: One size does not fit all: Necessity of developing institutional arbitration in developing countries. *Journal of International Commercial Law and Technology*, 6 (7), 232.

<sup>5</sup> PEREIRA, Ana Lucia. A função das entidades arbitrais. In: *Manual de arbitragem para advogados*, CEMCA/CFOAB, 2015, p. 88.



the arbitral tribunal can be resolved”.<sup>6</sup> According to Schmidt, “it is enough to think of a case in which the defendant, in order to postpone the arbitration proceeding, refuses to appoint his co-arbitrator, or even refuses to pay the expenses with the arbitration and the fees of the arbitrators. It is also possible to envision a hypothetical (but realistic) situation in which the co-arbitrators cannot reach a consensus regarding the president of the arbitral tribunal.”

The solution of such issues will require the filing of a judicial proceeding before the Judiciary to solve the procedural controversies so that the arbitration may proceed, as provided for in article 7<sup>th</sup> of the Arbitration Law, although this eliminates the benefits inherent to the adoption of arbitration.

Given the above, the need to have a specialized mechanism for resolving maritime disputes is not only desirable but necessary owing to the peculiar nature of maritime industry.

Flowing from the necessity of having a specialized mechanism for resolving maritime disputes, access to arbitration as one of the most important tools is necessary, complementing legal efficiency and party autonomy in the design of a legal framework for the resolution of maritime disputes.<sup>7</sup>

Institutional arbitration administered by competent arbitration centers can facilitate access to arbitration, enlarge the scope of type disputes to be accommodated by the arbitration centers and further complement the variety of choices made by parties in maritime arbitration.

## IV Maritime arbitration in the international scenario

As seen, in the maritime sector, where contracts often involve parties of different nationalities and cross border operations, arbitration is widely used to mitigate the uncertainties related to different jurisdictions that could be triggered in the event of a contractual dispute.

Although it is not uncommon for maritime arbitrations to take place in large arbitration centers such as the International Chamber of Commerce – ICC, there is considerable degree of specialization in some reputable international maritime arbitration associations, which are currently the ones that handle the vast majority of international maritime arbitrations, such as: i) The London Maritime Arbitrators Association – LMAA; (ii) the Society of Maritime Arbitrators, headquartered in New York – SMA; the Singapore Maritime Arbitration Chamber – SCMA, among others,

<sup>6</sup> Schmidt, Gustavo. Institutional or ad hoc arbitration: the best option for the Administration. Legal Conjuraction. Available at: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-09/schmidt-arbitragem-institucional-arbitragem-ad-hoc>. Accessed 10/09/2021, at 21:52.

<sup>7</sup> ESPLUGUES, Carlos. ‘Some Current Developments in International Maritime Arbitration’ (Social Science Research Network 2009) SSRN Scholarly Paper ID 1952777 70, Accessed 10/09/2021, at 21h pm.

as the Hong Kong International Arbitration Center – HKIAC;<sup>8</sup> the Chambre Maritime Arbitrale de Paris – CAMP and others. For better reflection, the main aspects of the some of the above international associations will be addressed below.

(i) London Maritime Arbitrators Association – LMAA

The London Maritime Arbitrators Association (the LMAA) was founded in 1960 and is composed of its Full Members and Support Members, with predominantly legal training and technical/commercial experience.<sup>9</sup>

With regard to procedures, arbitrations in London are conducted under the Arbitration Act 1996. LMAA Clauses are terms of procedure that are available to the parties to incorporate dispute resolution clauses into their contracts. When members of a panel accept their appointments under the LMAA, those terms apply and govern the procedure to be followed in the arbitration reference. These will be basically ad hoc arbitrations, conducted under the LMAA Terms and Procedures, which are revised from time to time.

The panel can be formed by a single arbitrator or by three arbitrators. In a panel of three arbitrators, each party will, as a rule, nominate one arbitrator, and the two together will nominate a third, who will be the chairman of the panel. If within fourteen days the arbitrators do not do so, the LMAA president will appoint the third arbitrator for that arbitration proceeding. If there is no agreement between the parties, the law to be used for the arbitration will be English law and the place where the proceedings will take place will be England.

Notably, regarding the procedural and economic aspects, it should be clarified that all aspects of administration of an LMAA arbitration, including rates of fees, are a matter for the individual arbitrators appointed. There are no institution fees, in addition to the tribunal's fees, as LMAA arbitration is unadministered. The limited exceptions to this are the appointment fee, which is fixed by the LMAA at £350 per reference and fees in cases where the parties have agreed to procedural rules which apply a cap on fees, such as the LMAA Small Claims Procedure or the LMAA Intermediate Claims Procedure.

The London Maritime Arbitrators Association (LMAA) handled approximately 1.668 new individual maritime arbitrations in London in 2019, up from 1.483 in 2018.<sup>10</sup> When combined with the 2019 figures for the London Court of International

---

<sup>8</sup> In 2020 there were 318 arbitrations submitted to HKIAC, concerning disputes the following sectors: International trade/sale of goods (27%); Maritime (18.6%); Corporate (18.3%); Banking and financial services (13.5%); Construction (10.7%); Professional Services (7.2%); Insurance (2.2%); Intellectual Property (2.2%); Employment (0.3%) - <https://www.hkiac.org/about-us/statistics>

<sup>9</sup> <http://www.lmaa.org.uk/>

<sup>10</sup> In total, 1.756 individual arbitrations were handled by the LMAA in 2019, and 1.561 in 2018, with 95% of those references handled in London – <https://www.hfw.com/downloads/002203-HFW-Maritime-Arbitration-in-Numbers-July-2020.pdf>

Arbitration (LCIA) and The International Chamber of Commerce (ICC), London handled approximately 1.730 new international maritime arbitrations on 2019.<sup>11</sup> And this number increased in 2020 to a total of 1.775 new arbitrations registered with the LMAA last year.<sup>12</sup>

All these procedures represent ad hoc arbitrations conducted under LMAA Terms and, given the numbers referred, there is no doubt of the relevance of LMAA with regard to maritime arbitration.

(ii) Society of Maritime Arbitrators, New York – SMA

In 1963, a group of individuals active in maritime arbitration in New York foresaw the need for an organization dedicated to the promotion of sound arbitration practice by experienced and highly qualified maritime and commercial professionals. As a result, they formed the SMA, a professional, nonprofit organization that, unlike other arbitral forums, charges no fee to the parties for its services, nor does the oversee or administer the arbitration proceeding.

The SMA provides only limited administrative tasks, assisting for example with matters of consolidation and keeping escrow accounts to secure the arbitrators' fees. The crucial task is left to the discretion of the participating arbitrators, serving as an ad hoc arbitration procedure for the most part.<sup>13</sup>

Although the arbitrations and mediations in which SMA members participate often are governed by the SMA Rules, the SMA does not administer SMA ADR proceedings. SMA ADR proceedings are administered, controlled and decided solely by the participating SMA members, subject to applicable laws and agreed procedures. Unless disputants request or a court so directs, the SMA does not recommend or select particular individuals to be arbitrators or mediators. Disputants are invited to select from the SMA Membership Roster which states the professional credentials of each SMA member.

Usually, a panel consists of three arbitrators, although the parties are free to agree to a sole arbitrator in any proceeding. Under the amended Shortened Arbitration Procedure of the SMA, the dispute will be referred to a sole arbitrator.

Under the SMA Rules, the default locale for any arbitration is New York (SMA Rules §7). A typical New York arbitration begins with the claimant or first moving party serving a demand for arbitration upon its contract partner that names its

<sup>11</sup> In 2019, the number of arbitrations under LCIA Rules categorised in the transport and commodities sector was approximately 61, with England chosen as the arbitral seat in approximately 89% of cases (approximately 54 cases). In 2019, the ICC registered a total of 869 new cases and we estimate approximately 10% of the ICC's new arbitrations relating to the transportation sector (approximately 8.6%) were handled in London based on 2018's data.

<sup>12</sup> <https://hsfnotes.com/arbitration/2021/03/24/ad-hoc-arbitration-continues-to-thrive-in-london-the-latest-statistics/>

<sup>13</sup> <https://www.smany.org/about.html>

appointed arbitrator and describes the nature and amount in dispute. Upon receipt of the claimant's demand for arbitration, the respondent or second party is then required to appoint an arbitrator within the time limits set out in the contract or the rules governing the arbitral proceeding. The two chosen arbitrators thus appoint the third one, who generally acts as Chairman of the panel for procedural matters. Absent the requirement for a unanimous decision, the decision of any two of the three arbitrators will be final and binding on both parties. Disputes are often arbitrated in New York under other types of arbitration clauses, some requiring the two party-appointed arbitrators to agree, failing which the decision defaults to an Umpire.<sup>14</sup>

If the dispute is settled during the course of the arbitration, a fee will be due in proportion to the work performed. In relation to attorneys' fees, each party is responsible for their effective payment, as in the past, the claimants were afraid to submit the claim and, in the future, to have to pay for the fees of the other party.<sup>15</sup>

Awards rendered at SMA arbitration procedures are normally published, unless if at anytime before the issuance of such award, both parties request it not be published. Publication includes the factual background of the disputes and the reasoning used by the arbitrators' panel to support their decision, what is seen as of great value to provide insights into the practices and customs of the trade and to serve as a guide, not only for the resolution of future disputes, but also as a means of avoiding same. The SMA has often promulgated updates its Maritime Arbitration Rules (Rules) which provide general guidelines for arbitrators in the conduct of maritime arbitration proceedings. These Rules are subject to the U.S. Federal Arbitration Act. Consequently, parties opting to include the SMA Maritime Arbitration Rules in their contracts are assured that the arbitrators will be guided by U.S. law. In those instances where the contract provides for state law or the law of other countries to govern, SMA arbitrators will apply that law to reach their decision. In situations where SMA Rules are not a part of the controlling contract, parties may, and often do, specifically agree to have the Rules apply to the arbitral proceeding.<sup>16</sup>

(iii) Singapore Maritime Arbitration Chamber – SCMA

The SCMA was originally established in November 2004 and was under management by the Singapore International Arbitration Centre (SIAC). Acting on industry feedback, the SCMA was reconstituted in May 2009 and started

---

<sup>14</sup> <https://www.smany.org/arbitration-practical-guide.html>

<sup>15</sup> [...] each party is responsible for his own legal costs – the “American Rule”. The original aim for fear of having to pay the other party's legal expenses. BULOW, Lucienne Carasso, The revised arbitration rules of the society of maritime arbitrators. In: *Journal of International Arbitration*, Vol. 12, n.1, March 1995, p. 91.

<sup>16</sup> <https://www.smany.org/arbitration-maritime-new-york.html>

functioning independently.<sup>17</sup> This Chamber holds a general commission, formed by “shipowners, cargo owners, shipyards, lawyers and arbitrators”.

The Secretariat leads educational and training symposiums to foster thought leadership and encourage pragmatic solutions for maritime and trade businesses. The Registrar and Assistant Registrar provide administrative support to disputants and tribunals, when requested. Funding for establishment and continued operation of the SCMA comes from the Singapore Maritime Foundation and the management of SCMA is overseen by a board of directors.

SCMA aims to serve as a hybrid model of arbitration, combining both ad-hoc and administered institutional arbitration methods. There is no fee payable to SCMA for the commencement of an arbitration proceeding and the rules aim to provide the parties with a large degree of control of the procedures. Such procedures are then controlled by specialist arbitrators, who are previously certified and admitted by SCMA, with autonomy to carry out the arbitration process without intervention by institutional clerks.

As stated on SCMA's website, the most discussed contractual topics in maritime arbitration in Singapore are disputes relating to “Bunker Disputes (20.9%), Charterparty (43.5%), Commercial Sales/Cargo (7.3%), Coal Contract (5.2%), Ship Sale/Build/ Repair/Management (10.5%), Oil & Gas/ Others (12.6%)”.<sup>18</sup>

With regard to institutional procedure, “it is noteworthy that any individual can seek SCMA to resolve their conflict through arbitration. One party will send a letter to the other party involved in the issue, communicating the arbitration. A response must be sent within 14 days, including in this response the party receiving the letter may appoint an arbitrator. Arbitration can be done by a single arbitrator or by an arbitral tribunal, in which each of the parties appoints an arbitrator, and these appoint the third, who will be the president of the tribunal. The court is responsible within 7 (seven), after the appointment of the president, to inform the Secretariat about the dispute, that is, about its object. There is a summarized procedure if the cause does not exceed \$150,000. The award rendered by the arbitral tribunal is not reviewed by SCMA, as the arbitrators listed by the chamber itself are very experienced in several areas within maritime law”. (PEREIRA, 2021. Pg.159-160)

In July 2020, SCMA formally launched the Local Users Council (LUC) comprising leading Ship Owners, Charterers, Ship Brokers, Offshore companies, Underwriters and Protection and Indemnity Clubs, to provide industry feedback and discussion forum for the chamber.

---

<sup>17</sup> <https://www.scma.org.sg/about-us>

<sup>18</sup> <https://www.scma.org.sg/about-us>

## V Conclusion/Comments from a Brazilian perspective

In view of the significant relevance of maritime commercial transactions, the use of the institute of arbitration as a method of conflict resolution is consolidated in the international scenario.

The vast majority of maritime arbitration procedures are conducted in London, under the LMAA terms, followed by New York arbitration, under the SMA rules. Both consist of unadministered procedures, while maritime arbitrations conducted in Singapore, before SMAC, follow a hybrid approach, combining both ad-hoc and institutional arbitration methods.

This certainly shows the relevance of ad hoc arbitrations in the referred jurisdictions, but it does not diminish the importance of institutional arbitration. In fact, the option for one method or the other may not only depend on the jurisdiction, the applicable laws and the nature of the dispute in question, but also on the culture of the place where the arbitration is conducted.

Although a substantial volume of ad hoc maritime arbitration is undertaken in London, New York and other jurisdictions, in Brazil institutional arbitration comes as a more well-established dispute resolution mechanism.

Unfortunately, Brazilian legal culture still tends towards judicial litigation, while the Brazilian Judicial Court System is overloaded with time-consuming proceedings, involving a great number of appeals. This generates a risk for ad hoc arbitrations, at which, if the parties lack to cooperate, any controversy that eventually arises regarding the procedures may end up being taken to court, bringing considerable legal uncertainty and delays.

As institutional rules, on the other hand, are designed to regulate the proceedings comprehensively, arbitration institutions seem better suited to administrate the proceedings in an efficient manner in Brazil, providing a trustable and enforceable arbitral award.

If on one hand Brazil already counts with reliable arbitration institutions such as the Brazilian Center for Mediation and Arbitration (CBMA); the Brazil-Canada Chamber of Commerce Arbitration and Mediation Center (CAM-CCBC); the FGV Conciliation and Arbitration Chamber; the CIESP/FIESP Chamber of Conciliation, Mediation and Arbitration; the Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC); and others, in terms of maritime arbitration the country is also well served.

Alongside the arbitration rules of the Brazilian Maritime Law Association, institutions like the CBMA and CAM-CCBC helped to promote the International Congress of Maritime Arbitrators, ICMA XXI, held in Rio de Janeiro, on 2020.

In fact, CBMA, an institution founded in 2002 by the Commercial Association of Rio de Janeiro (ACRJ), the National Federation of Private Insurance and

Capitalization Companies (FENASEG) and the Federation of Industries of the State of Rio de Janeiro (FIRJAN), has a specialized commission to administer maritime and port law arbitration, with international recognition, being enlisted as a renowned “Maritime Arbitration Association” at ICMA’s webpage.<sup>19</sup>

In conclusion, maritime arbitration comes in different forms and methods, either ad hoc, institutional or hybrid. Each has its advantages and will suit different parties in different circumstances, places and cultures, being maritime arbitration in Brazil well served with reputable specialized arbitral institutions in the country. Such recognition was attested with the success of the International Congress for Maritime Arbitration ICMA XXI held on 2020, an event that certainly put Brazilian Maritime Arbitration Institutions and arbitrators on the spotlight of the international scenario.

## References

- AKSEN, G. (1991). Ad hoc versus institutional arbitration. ICC Arb Bull, 2 (1), 8-14.
- CAMP – Paris Maritime Arbitration Chamber: <https://www.arbitrage-maritime.org/CAMP-V3/awards-summaries/>. Access 08/26/2021 at 00:05 pm.
- CBAM – Brazilian Chamber of Maritime Arbitration: <https://cbam.com.br/>. Access date: 08/26/2021 at 9:30 pm.
- ESPLUGUES, Carlos. ‘Some Current Developments in International Maritime Arbitration’ (Social Science Research Network 2009) SSRN Scholarly Paper ID 1952777 70. Accessed 10/09/2021, at 21h pm.
- Federal Decree n. 4,311/2002, 23 July 2002. Promulgates the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.
- Law 9,307/1996, 23 September 1996. Arbitration Law.
- LMAA – London Maritime Arbitrators Association. <https://lmaa.london/>. Access 08/25/2021 at 08h pm.
- PEREIRA, Ana Lucia. A função das entidades arbitrais. In: Manual de arbitragem para advogados, CEMCA/CFOAB, 2015.
- PEREIRA, Michele Cristie. “Maritime Arbitration and the Brazilian Scenario”. Expert Editor 2021. Belo Horizonte.
- Romano, Cristina Schwansee (1999) “The 1996 Brazilian Commercial Arbitration Law,” Annual Survey of International & Comparative Law: Vol. 5: Iss. 1, Article 4. Available at: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol5/iss1/4>, on September 18, 2019.
- SCHMIDT, Gustavo. Institutional or ad hoc arbitration: the best option for the Administration. Legal Conjur. Available at: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-09/schmidt-arbitragem-institucional-arbitragem-ad-hoc>. Accessed 10/09/2021, at 21:52.
- SCMA – Singapore Chamber of Maritime Arbitration <https://www.scma.org.sg/our-expertise>. Access 08/25/2021 at 07h pm.

<sup>19</sup> <https://icmaweb.com/maritime-arbitration-associations>

SHAH, N., & GANDHI, N. (2011). Arbitration: One size does not fit all: Necessity of developing institutional arbitration in developing countries. *Journal of International Commercial Law and Technology*, 6 (7), 232.

SMA – Society of Maritime Arbitrators. <https://www.smany.org/about.html>. Access 08/25/2021 at 10h pm.

United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 June 1958).

---

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

MARQUES, Lucas Leite; PAOLIELLO, Gabriela Júdice; ROCHA, Rafaela Brandão. Maritime arbitration – Ad hoc and institutional methods: A view from a Brazilian perspective. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 03, n. 06, p. 163-175, jul./dez. 2021. DOI: 10.52028/rbadr.v3i6.9.

---





# Do cabimento dos meios consensuais de solução de conflitos para a promoção do turismo no Brasil

## Maria Constança Leahy Madureira

Mediadora capacitada pelo Instituto Mediare (RJ). Advogada. Professora. Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes – UCAM (RJ). Coordenadora do Núcleo de Meios Consensuais de Solução de Conflitos (NMCSC) da Universidade Candido Mendes – UCAM (RJ), *campus* Ipanema. Professora no MBA de Gestão de Serviços, Ênfase em Hotelaria, da Faculdade de Turismo da Universidade Federal Fluminense – UFF (RJ). Palestrante e Professora visitante na Fundação Getulio Vargas (FGV/RJ), IBMEC e Unlrio (RJ). *E-mail*: mconstanca.madureira@gmail.com

---

**Resumo:** A adoção de meios consensuais de solução de conflitos (MSCS) para promover a atividade turística pode ser mais um argumento convincente que atende a duas finalidades simultâneas: ampliar o uso e a consolidação desses métodos e promover o turismo no Brasil. Com base nessa premissa e na sinergia entre princípios, fundamentos e objetivos, o trabalho pretende analisar o papel e a utilidade dos meios consensuais de solução de conflitos (negociação, conciliação, mediação, facilitação de diálogos, os comitês de resolução de controvérsias, entre outros), recomendando-os em quaisquer fases dos empreendimentos turísticos (concepção, viabilidade, operação, extinção) com vistas à otimização garantida de resultados. Para tal, adotou-se uma metodologia de cunho analítico-indutiva, amparada em pesquisa bibliográfica, relato de caso e na experiência profissional da autora.

**Palavras-chave:** Consenso. Diálogo. Mediação. Desenvolvimento. Turismo.

**Sumário:** Introdução – **1** Brevíssimas considerações sobre turismo – **2** Meios consensuais de solução de conflitos ambientais – **3** Relato de caso. Búzios – Orla Viva: Construindo Consensos na Orla Bardot – Do mapeamento inicial do conflito ao pacto social – Projeto Orla Búzios – Considerações finais – Referências

---

*Se o homem não começar a pensar diferente, acabará por se eliminar.*  
(Fritjof Capra)

## Introdução

O turismo é fenômeno social, cultural e econômico e, por isso, reúne fatores que nos levam a concluir tratar-se de processo que permite geração de renda, emprego e divisas, oferta de diversão/lazer, conhecimento e acesso à cidadania sem distinção de público. Indissociável também é a noção de que, orientado pelas

boas práticas, o turismo é um elo sadio entre a atividade humana e a conservação do meio ambiente em todas as suas manifestações (meio ambiente natural, criado/artificial, do trabalho, entre outras). O fato de a hospitalidade ser um insumo essencial, uma mola mestra para o exercício da atividade profissional do turismo, é mais uma razão para se incentivar a prática do turismo.

A seu turno, os meios consensuais de solução de conflitos (MCSC) vêm se apresentando cada vez mais como alternativa eficaz no tratamento das relações sociais na contemporaneidade. O contexto cultural, entretanto, é um grande desafio a ser vencido, pois o reconhecimento e a adoção dos métodos têm variado de um grupo para outro no mundo. Há barreiras a serem enfrentadas, como no Brasil, onde prevalece uma posição arraigada de culto ao Poder Judiciário como sendo a quintessência do acesso à Justiça. Um rol extenso de motivos, entre eles, o desconhecimento por grande parcela da população, o descrédito – até mesmo por parte de profissionais da área jurídica, da administração pública, da saúde, por exemplo – justificam, na opinião da autora, a adoção de condutas de esclarecimento e de prática dos MCSC intensivas e permanentes junto a todos os tipos de públicos, sejam eles os tomadores ou prestadores do serviço de mediação e afins.

Com isso em mente, este artigo propõe a introdução dos MCSC para a dinamização da atividade turística no Brasil. O Brasil, sendo um país de tamanha diversidade natural e cultural, ainda carece de políticas públicas eficientes de promoção e indução do turismo em toda a sua cadeia produtiva. Além disso, empreender em turismo atualmente ainda é tarefa hercúlea, devido a uma série de entraves – aparentemente intransponíveis como a excessiva burocracia na área ambiental, o desconhecimento generalizado sobre as particularidades da operação turística, entre outros – para os quais os MCSC serviriam de auxílio e/ou solução.

Assim, o artigo explora, amparado em literatura especializada e na experiência profissional da autora no ramo hoteleiro, a temática da adoção dos MCSC no âmbito da atividade turística. De início, oferece um breve panorama sobre conceitos, alcances e dimensões do turismo. Da mesma forma, na segunda parte, tece considerações concisas acerca da necessidade de esclarecimento dos MCSC e sua prática no cenário brasileiro, com destaque para o panorama legal, diante do açodamento atual dos tribunais e da excessiva judicialização das questões cotidianas nas últimas três décadas (a partir de 1988). Outro aspecto a ser tratado é a incorporação desses conteúdos nos currículos de formação acadêmica, não limitados ao ramo do Direito. Na terceira etapa, a autora ilustra a análise com relato de caso em que sua participação permitiu constatar a adequação dos meios consensuais ao contexto socioambiental do conflito. Por fim, conclui pela plausibilidade da consolidação desses instrumentos não só como política pública de pacificação social pelo consenso como também de promoção da atividade turística, conciliando desenvolvimento socioeconômico com desenvolvimento sustentável.

# 1 Brevíssimas considerações sobre turismo

## 1.1 Conceitos, âmbitos e dimensões

Na visão leiga, em regra, turismo corresponde à representação lúdica dos seus produtos: o hotel, o avião, a viagem, os atrativos locais, entre outras “imagens”. Para efeitos do presente texto, adotou-se a definição da Organização Mundial de Turismo (UNWTO, sigla em inglês), por sua abrangência e flexibilidade e por reunir as principais características do turismo.<sup>1</sup> Contudo, mais do que uma “indústria” de viagens, o turismo é algo complexo, reunindo fenômenos e relações específicos. Contemporaneamente, turismo e desenvolvimento são indissociáveis. O progresso econômico pode ser atribuído ao número crescente de destinos turísticos e da movimentação de pessoas. Como atividade do setor terciário, o turismo é uma das atividades que mais crescem no mundo, em alguns casos, mais do que atividades estratégicas tradicionais como as exportações de petróleo e as indústrias alimentícia e automobilística. No comércio internacional, é um dos principais atores. Sua receita está entre as maiores de muitos países desenvolvidos (Espanha, Portugal, França, por exemplo), mas não exclusivamente. Em 2017, o turismo gerou no mundo receitas de exportações da ordem de US\$1.6 trilhões; as previsões de crescimento entre 4% e 5%, em 2018, levam os especialistas a prever 1.8 bilhões de chegadas no mundo até 2030.<sup>2</sup> Em economias em desenvolvimento, o turismo também pode representar uma fonte significativa de ingressos.<sup>3</sup> No caso do Brasil, o setor representa 7,9% do PIB nacional e é responsável por 6,59 milhões de empregos.<sup>4</sup> Vimos esse fato com certa reserva porque

<sup>1</sup> “Turismo é o fenômeno social, cultural e econômico relativo a movimentação de pessoas (visitantes) para locais diversos dos seus locais de residência e trabalho, por razões pessoais ou profissionais, por um período limitado” (tradução livre) (UNWTO. *Understanding tourism: Basic Glossary* (UNWTO). Disponível em: <http://cf.cdn.unwto.org/sites/all/files/docpdf/glossaryenrev.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

<sup>2</sup> UNITED NATIONS WORLD TOURISM ORGANIZATION (UNWTO). Disponível em: <http://www2.unwto.org/content/why-tourism>. Acesso em: 2019.

<sup>3</sup> “[...] A visitação ao local aumentou em 2019, 400 anos após o início do comércio de africanos para as colônias inglesas. O marco da chegada dos primeiros escravos à Virgínia, nos EUA, tem atraído pessoas de lá, Caribe e Europa, que buscam suas raízes neste que é o “Ano do Retorno” para a diáspora africana. O aumento do turismo tem sido um benefício para Gana, que não mediu esforços para propagar a ideia de “encontro com o passado” e atrair visitantes. Para as autoridades é uma oportunidade para conseguir investimentos estrangeiros. A Autoridade de Turismo de Gana espera 500 mil visitantes este ano, acima dos 350 mil de 2018. [...] A quantia é considerada essencial num país de 28 milhões de pessoas, que vivem principalmente na pobreza. Os visitantes fazem parte de um fenômeno global. Segundos dados do Airbnb, desde 2014, o número de pessoas que viajam em busca de sua ancestralidade aumentou em cinco vezes. Gana há muito encorajou sua diáspora a retornar e tem fortes ligações com a comunidade afro-americana. [...] Mas ainda restam dúvidas. Estradas ruins, processo complicado de solicitação de visto e voos caros podem deter o número de visitantes a longo prazo. As próprias autoridades admitem que, para manter o ritmo, é preciso fazer mais em infraestrutura” (PRENTICE, Alessandra; SIBEKO, Siphwe. Agência de Notícias Reuters, Caderno Viagens, *Jornal O Globo*, 22/8/2019, p. 26).

<sup>4</sup> BRASIL. Ministério do Turismo. *Turismo injetou US\$ 163 milhões no Brasil em 2017*. Disponível em: <http://www.turismo.gov.br/%C3%BAltimas-not%C3%ADcias/11037-turismo-injetou-us-163-bilh%C3%B5es-no-brasil-em-2017.html>. Acesso em: ago. 2019.

o desenvolvimento do turismo no Brasil ainda está muito aquém das suas reais necessidades e da diversidade turística do país. A despeito de, ineditamente, a Constituição de 1988 haver dado destaque ao turismo,<sup>5</sup> considerando-o atividade econômica responsável pelo desenvolvimento socioeconômico e, por isso, passível de promoção e incentivo pelo Poder Público, constata-se uma notável carência de políticas e ações voltadas para o oferecimento e manutenção de infraestrutura básica, promoção institucional, capacitação de mão de obra, entre outras prestações compatíveis com os papéis do Estado brasileiro desde então. O vácuo representado pela pouca ou insuficiente produção de conhecimento sobre turismo no Brasil é um dos outros motivos plausíveis para justificar a inexistência de políticas de desenvolvimento eficazes.

Também indissociável ao conceito de turismo está o conceito de desenvolvimento sustentável. Elo sadio entre a atividade humana e a conservação do meio ambiente, sustentabilidade é palavra de ordem que pressupõe o uso sensato, apropriado e eficiente dos recursos disponíveis, de maneira ambientalmente responsável, socialmente justa e economicamente viável, de forma que o atendimento das necessidades atuais não comprometa a possibilidade de uso pelas futuras gerações.<sup>6</sup> Em outras palavras, a promoção de turismo sustentável requer a participação de todos seus atores, além de forte liderança política com o objetivo de garantir ampla participação e construção de consenso. Assim, constitui um processo contínuo de monitoramento dos impactos da atividade e de adoção de mecanismos preventivos e/ou corretivos, sempre que necessário.<sup>7</sup>

A cadeia produtiva do turismo está estruturada em três grupos basilares de serviços que se complementam: os transportes (aéreos, terrestres, marítimos, fluviomarítimos); a hospedagem (hotéis, pousadas, albergues e *campings*) e os serviços de alimentação. Dentre os serviços de hospedagem, os hotéis têm papel de destaque, pois “como um dos meios de hospedagem, constituem um dos principais agentes econômicos do turismo em uma localidade ou região” (SCHENINI; LEMOS; SILVA, 2005, p. 8).<sup>8</sup> A importância da hotelaria reside principalmente na

<sup>5</sup> “Art. 180. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico” (Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: ago. 2019).

<sup>6</sup> “[Sustainable] Tourism that takes full account of its current and future economic, social and environmental impacts, addressing the needs of visitors, the industry, the environment and host communities.” (*Making Tourism More Sustainable – A Guide for Policy Makers*, UNEP and UNWTO, 2005, p.11-12. Disponível em: <http://www2.unwto.org/content/about-us-5>. Acesso em: ago. 2019).

<sup>7</sup> ANSARAH, Marília Gomes dos Reis. Teoria geral do turismo. In: ANSARAH, M. G. dos R. (Org.). *Turismo: como aprender, como ensinar*. vol. 2. São Paulo: SENAC, 2004.

<sup>8</sup> SCHENINI, P. C.; LEMOS, R. N.; SILVA, F. A. (2005). Sistema de gestão ambiental no segmento hoteleiro. *Anais... Seminário de Gestão de Negócios*, Curitiba, PR, Brasil, *apud* BERNARDELLI JUNIOR, J. M.; MANGUEIRA, F. O.; AGUIAR, A. O.; GALLARDO, A. L. C. F.; RUIZ, M. S. *Sistemas de gestão ambiental na operação dos empreendimentos hoteleiros. Rosa dos ventos – Turismo e hospitalidade*, v. 6, n. 4,

possibilidade de transformar positivamente a região onde se acha instalada, por meio da oferta de postos de trabalho e da dinamização do comércio local, com o aumento do fluxo de visitantes. Como atividade econômica, o turismo no Brasil envolve historicamente 52 setores e se relaciona com todos os demais setores produtivos da sociedade, mesmo que ainda receba uma pequena parcela do movimento mundial de turistas. Por óbvio, quanto mais movimentada e diversificada for a cadeia produtiva, maior e mais salutar será a parcela de contribuição dessa receita no balanço de pagamentos do país. O setor de turismo gerou US\$163 bilhões no Brasil em 2017.<sup>9</sup>

Empreender em turismo demanda ação estruturada, embasada em modelos de gestão com o objetivo da qualidade organizacional e satisfação do cliente, longevidade do negócio e retorno do investimento. Não se concebe a gestão privada de turismo sem a inclusão de estudos de viabilidade econômico-financeira, de definição precisa do ramo de atividade e tipo de negócio escolhido, conhecimento e avaliação dos mercados consumidores, fornecedores e concorrentes, efetivos e potenciais, localização ideal, seleção de recursos humanos, tecnologias e processos produtivos, definição do tamanho da organização, das estratégias e de preços de comercialização, projeções de receitas e de fluxos de caixa. A gestão pública, por sua vez, deve ser orientada por políticas e ações voltadas para o oferecimento de infraestrutura básica, parcerias público-privadas, promoção institucional, capacitação de mão de obra, entre outros fatores. Tomemos o exemplo prático da gestão do turismo em parques nacionais brasileiros.<sup>10</sup> Nesse “caminho”, diga-se de passagem, desafios históricos vêm sendo enfrentados, tais como: (i) deficiência na sinalização e criação de trilhas; (ii) carência de meios de hospedagem para visitantes em geral; (iii) regulamentação excessiva; (iv) infraestrutura precária ou inexistente (especialmente, malha rodoviária); (v) fiscalização ausente ou altamente permissiva; (vi) excesso de burocracia, com destaque para a questão relativa a licenciamentos; (vii) questões fundiárias. Em consequência, são observadas: (i) perda, insuficiência ou malversação de receitas e investimentos; (ii) pouca valorização e inserção social das comunidades locais, seja pela inadequação ou falta de infraestrutura básica e/ou de melhoria nas condições de vida (saúde

p. 564-582, 2014. Disponível em: <http://www.spell.org.br/documentos/ver/34432/sistemas-de-gestao-ambiental-na-operacao-dos-empreendimentos-hoteleiros-/i/pt-br>. Acesso: ago. 2019.

<sup>9</sup> BRASIL. Ministério do Turismo. *Turismo injetou US\$ 163 milhões no Brasil em 2017*, cit.

<sup>10</sup> “Nosso Rio. O entorno do Parque Nacional da Serra dos Órgãos é estarrecedor. As estradas são péssimas, não há local adequado para se estacionar nem lixeiras adequadas. *O abandono é completo*. O parque vai bem, apesar das pressões que todos os parques brasileiros sofrem de invasão e ocupação, além de pesca ilegais. Nos arredores do parque, o que funciona bem está em mãos privadas, são restaurantes e pousadas. A responsabilidade pelo acesso e os demais cuidados par que se chegue com conforto ao parque deve ser compartilhado pela União, pelo estado e pelos municípios de Teresópolis, Petrópolis, Magé e Guapimirim. E é urgente” (*Jornal O Globo*, 21/7/2019, p. 4, grifamos).

pública, meio ambiente, oferecimento de facilidades públicas – estacionamentos, praças, por exemplo); (iii) inadequação na promoção da imagem e *marketing* do destino; (iv) pouco estímulo à hospitalidade da comunidade (criação de Centro de Visitantes, entre outros).

## 1.2 Turismo e hospitalidade

Outrossim, em nome da coerência, falar de turismo impende abordar a relação intrínseca com um dos seus insumos essenciais: a hospitalidade. Nesse sentido, Plentz ressalva que o “o princípio básico e marco inicial de qualquer discussão que envolva desenvolvimento turístico de uma localidade deva ser sua humanidade, expressa em hospitalidade”.<sup>11</sup> Dito de outro modo, o processo de acolhida depende em grande parte do elemento humano. Para Praxedes (2004), o conceito de hospitalidade prevê vários níveis de percepção interdependentes e coexistindo harmoniosamente. Na interação entre anfitriões e visitantes, típica da atividade turística, é fato que a hospitalidade funciona em mão dupla. Ou seja, do orgulho e da valorização do bem receber pelas populações anfitriãs decorrem diferenciais como acolhimento e atendimento público de qualidade, os quais, além de marcantes, fidelizam visitantes.

## 2 Meios consensuais de solução de conflitos ambientais

### 2.1 Conceitos, particularidades, tipos e cabimentos

Em regra, o tratamento dado pelos meios consensuais aos conflitos ambientais não se diferencia do tratamento adotado em outras áreas de atuação:<sup>12</sup> há um “terceiro” imparcial que conduz os procedimentos com foco na construção de consenso e a adesão é sempre voluntária.

Ainda, a exemplo do que acontece em outros segmentos, a prática tem mostrado que a litigância não vem servindo a contento a gestão de conflitos ambientais, pois nestes os indivíduos não buscam apenas o amparo legal, como também respostas para temas e valores pessoais, não econômicos, os quais a justiça nem sempre alcança satisfatoriamente devido à dificuldade de conciliação

<sup>11</sup> PLENTZ, Renata Soares. O papel da hospitalidade na busca de um outro turismo. *Revista Hospitalidade*, São Paulo, ano 2, n. 2, p. 60, 2005.

<sup>12</sup> Como muito bem aponta Warat, “a mediação pode se ocupar de qualquer tipo de conflito: comunitário, ecológico, empresarial, escolar, familiar, penal, relacionados ao consumidor, trabalhistas, políticos, de realização de direitos humanos e da cidadania e de menores em situação de risco etc.” (WARAT *apud* SOUZA, 2016, p. 67).

entre as soluções padronizadas/institucionais, o equilíbrio entre a flexibilidade necessária às questões ambientais complexas e o engessamento da legislação (ROSSI; SILVA, 2016).

Todavia, ao contrário dos conflitos interpessoais em que a interação é direta entre os indivíduos envolvidos, na seara ambiental, seja para regulamentar, disciplinar ou explorar recursos naturais, a gama de interessados incluirá empresas, diversas instâncias de governo e ampla participação da sociedade civil, o que torna a gestão de conflitos ambientais atividade ainda mais complexa. O êxito da empreitada dependerá então, da habilidade do gestor do conflito (terceiro imparcial) em administrar: (i) a participação de partes interessadas e legitimadas para tomar decisões; (ii) o estabelecimento de uma agenda adequada; (iii) a compilação colaborativa de dados e informações entre as partes; (iv) negociações presenciais voltadas para arranjos criativos, e acordos mutuamente satisfatórios e exequíveis no tempo. Em se tratando de conflitos envolvendo múltiplas partes, a relação com o bem ambiental varia conforme o uso que cada parte faz dele; isso impõe aos gestores de conflitos ambientais uma habilidade técnica adicional para detectar na prática percepções diferentes em relação aos efeitos, riscos e interpretações produzidas por um mesmo evento, considerando-se os respectivos históricos, valores e orientação cultural das partes.

Quanto à tipologia, os conflitos ambientais se enquadram geralmente nas seguintes condições: (a) conflitos diretos entre as partes; (b) na obtenção de licenças ou permissões; (c) na forma de aplicação da lei; (d) no cumprimento de acordos e compromissos; (e) nos valores e princípios éticos que determinam condutas de atuação; (f) na interpretação sobre o conteúdo de lei ou política ambiental (ROSSI; SILVA, 2016).

A evidência crescente do conceito de desenvolvimento sustentável tem levado a sociedade a adotar novas posturas para delimitar os limites máximos e mínimos de utilização dos recursos naturais. Processos consultivos vêm sendo estabelecidos por instituições governamentais/oficiais e ONGs, entre outras, por meio dos quais os indivíduos estão aprendendo a exigir soluções mais imediatas, a ter mais voz nas decisões sobre impactos e compensação de danos sofridos por acidentes, mudanças climáticas e/ou más práticas de gestão ambiental. Governos começaram a incluir a participação pública nos temas relacionados a leis e políticas ambientais. Os meios consensuais de solução de conflitos têm facilitado esse processo de transformação nas relações entre grupos de interesse e os conflitos ambientais, representando menores custos, ênfase nos problemas e não em posições, além da geração de opções mais apropriadas às demandas das partes. Nessa linha, além da negociação, conciliação e mediação, outros



instrumentos colaborativos estão sendo adotados visando a facilitação do diálogo e um entendimento melhor acerca das negociações ambientais (ROSSI; SILVA, 2016).<sup>13 14</sup>

## 2.2 Meios consensuais de solução de conflitos no Brasil – Panorama legal e prática

Um dos objetivos da reforma do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), vigente desde março de 2016, foi o de incentivar o uso dos meios consensuais de solução de conflitos, a partir do Poder Judiciário, não só para desafogar o atual açodamento dos tribunais devido à excessiva judicialização das questões do cotidiano brasileiro, mas, sobretudo, como garantia efetiva de pleno acesso à justiça.

Naquele mesmo ano, a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), reiterou a necessidade de adoção de mediação entre particulares como um dos meios de solução de conflitos e também dispôs sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Ainda, a Lei nº 13.129/2015, alterando o artigo 1º, parágrafo 1º da Lei nº 9.307/96, determinou que a Administração Pública direta e indireta pode utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Até então, como uma das justificativas para não adotar métodos alternativos de solução de controvérsias, invocou-se a indisponibilidade do interesse público, princípio basilar do Direito Administrativo, aliada a outros possíveis fatores, como a cultura de litigiosidade impregnada na sociedade brasileira e nos profissionais do Direito. No entanto, no atual contexto do pós-positivismo e, consequentemente, com a adoção do princípio da supremacia da Constituição e da observância dos direitos fundamentais, tanto nas relações públicas quanto nas privadas, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público vêm sofrendo releitura ao longo dos últimos anos. Com base em construções jurisprudenciais, a revisão do princípio da confidencialidade, um dos parâmetros dos meios consensuais

<sup>13</sup> São eles: construção de consenso, negociação regulamentada e consultas públicas (ROSSI, Maria Teresa Baggio; SILVA, Victor Paulo Azevedo Valente da. *Mediação Ambiental*. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Org.). *Mediação de conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Juspodium, 2016, p. 577-592. p. 582).

<sup>14</sup> Inclua-se também os Comitês de Resolução de Controvérsias (*dispute resolution boards*, em inglês). “[...] Fernando Marcondes, com base na definição da Dispute Resolution Board Foundation (DRB-F), afirma que o *dispute board* ‘é um comitê formado por profissionais experientes e imparciais, contratado antes do início de um projeto de construção para acompanhar o progresso da execução da obra, encorajando as partes a evitar disputas e assistindo-as na solução daquelas que não puderem ser evitadas, visando à solução definitiva’” (OLIVEIRA, L.; SANTORO, C. *apud* VAZ, Gilberto José. Os *Dispute Boards* como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 11, p. 329. São Paulo: RT, abr.-jun./2014).

de solução de conflitos privados, permitiu que este fosse excepcionado em favor do princípio da publicidade, basilar na Administração Pública. Assim, as recentes alterações legislativas, com a instituição de um novo paradigma para a solução de conflitos, vêm reafirmar o que a doutrina administrativista já vinha defendendo.<sup>15</sup>

Vale destacar a promulgação da Lei nº 13.867/2019, de grande valia no contexto da disseminação dos meios extrajudiciais de solução de conflitos por permitir que proprietários de imóveis a serem desapropriados tenham entre outras opções a escolha da mediação ou arbitragem para abrir um canal de negociação. Caso opte por um ou outro, o particular poderá indicar um dos órgãos ou instituições especializadas, previamente cadastradas pelo órgão responsável pela desapropriação. Pelo texto, a negociação obedecerá às leis que regulam a mediação e a arbitragem como meio de solução de controvérsias (Leis nºs 13.140/15 e 9.307/96, respectivamente).

Também o meio acadêmico se ressentia da dificuldade em adaptar seus currículos e programas para incluir disciplinas que tratem de métodos alternativos à via judicial como solução de conflitos. Em tempo, louve-se a iniciativa do Ministério da Educação, ao editar a Resolução nº 5/2018, com o objetivo de readequar o programa dos cursos de Direito a essa nova realidade.<sup>16</sup> Segundo a nova diretriz, o domínio das formas consensuais de composição de conflitos deve ser parte essencial da formação geral e humanística, do exercício do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania pelos egressos dos cursos.

Embora sucinto, por força da natureza do trabalho, podemos admitir que o panorama legal no Brasil é bastante favorável à adoção de métodos alternativos de resolução de disputas, oferecendo maiores garantias e segurança jurídica, e, no que tange aos conflitos de natureza socioambiental, dentro dos quais podemos inserir a atividade do turismo, oportunidades de ampliar a margem dos atuais 10%<sup>17</sup> de conflitos ambientais resolvidos pelos meios extrajudiciais de resolução.

<sup>15</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e institucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 31.

<sup>16</sup> BRASIL. Ministério da Educação. *Resolução nº 5, 17 de dezembro de 2018*. “[...] Art. 3º O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, [...] além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos, [...] indispensável ao exercício do Direito, à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania. [...] Art. 5º. O curso de graduação em Direito, priorizando a interdisciplinaridade e a articulação de saberes, deverá incluir no PPC, conteúdos e atividades que atendam às seguintes perspectivas formativas: (...) II - Formação técnico-jurídica, que abrange, [...] conteúdos essenciais referentes às áreas de [...], *Formas Consensuais de Solução de Conflitos* [...]” (grifamos).

<sup>17</sup> ROSSI, Maria Teresa Baggio; SILVA, Victor Paulo Azevedo Valente da. *Mediação Ambiental*. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Org.). *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspodium, 2016, p. 577-592.

### 3 Relato de caso. Búzios – Orla Viva: Construindo Consensos na Orla Bardot – Do mapeamento inicial do conflito ao pacto social – Projeto Orla Búzios

O Projeto “ORLA VIVA – Revitalizando a Orla Bardot” foi inicialmente desenhado a pedido da ONG Viva Búzios, em função de uma demanda de atores locais que desejavam cuidar mais da região conhecida como “Orla Bardot” e conscientizar moradores e visitantes da importância da preservação e melhoria do local, um dos principais pontos turísticos da Região dos Lagos (RJ).<sup>18</sup>

O desenho inicial do projeto levou em consideração quatro norteadores: I. realização de campanhas educativas; II. adoção de uma agenda positiva; III. inclusão de aspectos culturais, urbanísticos e ambientais; e IV. facilitação de diálogos para construção de consensos. Essa etapa incluiu a modelagem, em conjunto com atores locais, de um processo colaborativo de facilitação de diálogos para construir consenso sobre os resultados obtidos em pesquisa prévia de campo e visando a implementação de ações curativas e preventivas.

Após levantamento de dados da pesquisa feita com o público-alvo, foram realizados dois fóruns (em 12 e 19/7/2016), com a participação da população local, especialmente moradores e empresários. No período, foram realizadas apresentações com o objetivo de explicar aos participantes as ferramentas de comunicação e de negociação necessárias para o entendimento mútuo, para o manejo construtivo de conflitos e para a construção de consensos, tais como: (i) encorajar a expressão – clara e cuidadosa; (ii) estimular a escuta – empática e inclusiva; e (iii) apreciar e respeitar as diferenças (ouvir dando espaço a novas ideias e percepções).

Na manhã do dia 12/7, a primeira reunião plenária foi conduzida por meio da facilitação de diálogos, que acolheu as ideias suscitadas (via escuta inclusiva, resumos e registros), categorizando-as por temas-questão e por temas-solução. Inicialmente, definiram-se, de comum acordo, regras básicas de convivência e de comunicação: (i) uma fala por vez; (ii) não interrupção de quem está falando; (iii) fala respeitosa e clara, como forma de coordenar as falas de todos os presentes. Foram dadas explicações acerca das (a) técnicas de diálogo e trabalho em equipe; (b) “regras de Robert” para reunião com múltiplas partes (momento pedagógico de enorme alcance social); e (c) mapeamento de posições, interesses e valores. Considerando que durante a plenária houve a manifestação de grupos

<sup>18</sup> O local que, até meados da década de 1900, era uma vila de pescadores, ganhou fama nacional e internacional pelo fato de a atriz Brigitte Bardot ter passado a morar em Búzios. A cidade conta com centenas de meios de hospedagem e um comércio vibrante voltado para os turistas, concentrados na rua principal e arredores – Orla Bardot. (N.A.)

(pescadores) e temas (resgate de raízes bem como da história e cultura locais) não aventados no planejamento das dinâmicas coletivas, foi necessário flexibilizar o rumo das dinâmicas originalmente propostas. A concepção do projeto como uma proposta “aberta”, passível de ser alterada para se adequar a circunstâncias diversas, possibilitou que, em face do desenvolvimento do processo no campo, a equipe fizesse prontamente mudanças nas atividades planejadas. Maleabilidade, agilidade e criatividade na introdução dos ajustes promoveram de imediato uma enriquecedora adaptação do projeto. No horário da tarde, os participantes foram divididos em grupos de trabalho (mediante critérios variados tais como: afinidade pelo tema, *status* social, diferenças de gênero e idade, p. ex.), coordenados por um facilitador, para conversar sobre os temas identificados durante a plenária, em convergência com os temas levantados anteriormente. Buscou-se com isso estimular os grupos a dialogarem e refletirem sobre o que tinham ouvido nas plenárias e visto nos *flip charts* para: (i) mapear e acrescentar interesses, convergentes e divergentes; (ii) destacar os interesses prevalentes; e (iii) identificar valores para a convivência. Ao final da tarde do primeiro dia, foi realizada nova reunião plenária com o objetivo de compilar e articular todas as informações produzidas até então.

No segundo dia de fórum, denominado “em direção à ação”, a equipe apresentou a consolidação dos resultados do trabalho do encontro anterior e houve outra oportunidade de novos atores serem ouvidos, alguns deles que não tiveram a chance de participar do primeiro encontro. Mais uma vez, os presentes foram divididos em grupos, agora denominados Comitês Temáticos, e coordenados por um facilitador, com base nos seguintes critérios: (i) interesse pelo tema – grupos mistos (empresários e moradores) com diversidade de gênero e idade; e (ii) disponibilidade de tempo para integrar um comitê de ação efetiva.

Como resultados diretos do projeto, e em especial dos dois dias de trabalho, (i) os participantes envolvidos redigiram um “Pacto Social”, em outras palavras, um documento que relacionava as principais questões fáticas e objetivas, sem prejuízo dos interesses originais dos atores e suas suscetibilidades; (ii) foi acordada a criação de um Comitê Gestor que, auxiliado pela equipe do projeto, se incumbiu do monitoramento e avaliação dos resultados bem como da análise dos impactos observados. Ressalte-se a mudança de uma postura inicial, e quase unânime de responsabilização de terceiros, para outra, ao final, em torno do pacto e da autorresponsabilização pela execução da maior parte das ações.

A pesquisa de campo com moradores, empresários e turistas gerou maior conhecimento e compreensão acerca dos interesses, necessidades, valores e sugestões de melhorias em relação aos serviços públicos bem como aos comportamentos sociais presenciados na Orla Bardot. As dinâmicas coletivas fundamentadas na facilitação dos diálogos entre múltiplas partes, a seu turno, contribuíram para dar maior complexidade à realidade examinada. Desse modo, foi possível

ampliar a compreensão gerada pela pesquisa, com a inclusão de novos atores e temas, e construir consenso acerca das ações de benefício mútuo para todos os envolvidos. Durante a dinâmica dos encontros presenciais, reforçou-se o destaque à importância não somente do diálogo como forma de “pensar em conjunto”, mas também de que as diferentes subjetividades dos atores, suas trajetórias de vida, histórias e opiniões nunca deveriam ser desconsideradas, menosprezadas, e que, portanto, deveriam ser vistas como úteis e complementares em um processo de diálogo coletivo como esse.

## Considerações finais

Na sua essência, a atividade do turismo está imbuída de fatores tais como hospitalidade, acolhimento, compartilhamento de experiências, inclusão social, melhoria dos padrões de vida e progresso, que, a seu turno, também norteiam as boas práticas dos meios consensuais de solução de conflitos.

É certo que a atividade turística em um país de dimensões continentais como o Brasil ainda carece de mais incentivos para dar conta do bom aproveitamento de sua diversidade ambiental com potencial turístico. O desenvolvimento da atividade, por mais que se reconheça sua pujança em potencial, precisa de estímulos não só de natureza pública como privada. Muitos empreendimentos (e investimentos) se perdem ou sequer se materializam porque empreender em turismo aqui pode ser uma “aventura” arriscada. Os entraves são de naturezas e origens variadas; por desconhecimento ou falta de maturidade (intra-setorial, inclusive), equipamentos turísticos tendem ao insucesso porque os obstáculos parecem intransponíveis no tempo e impagáveis nos recursos. Desafios como licenciamento ambiental e o tratamento inadequado de populações tradicionais, por exemplo, podem dificultar a implantação de um empreendimento turístico de qualquer natureza (hoteleria, por exemplo). Tal foi o caso de um hotel de médio porte (do tipo *resort*), no município de Angra dos Reis (RJ) em que a autora participou desde a construção até a abertura (1999-2001). O projeto arquitetônico original precisou ser refeito em várias etapas da construção e da operação devido a impasses no licenciamento ambiental, considerando que a área de localização estava em uma área ambientalmente protegida. Equívocos e mal-entendidos culminaram na revisão do conceito arquitetônico e comercial do empreendimento e em prejuízos financeiros cumulativos pelos dois primeiros anos da operação. Além disso, a população local não foi devidamente sensibilizada da importância do empreendimento pelo Poder Público e/ou pelo consórcio responsável pelo projeto, resultando em baixo comparecimento às convocações para os postos de trabalho sendo oferecidos. Esse déficit de mão de obra foi compensado pelo recrutamento em cidades como Rio de Janeiro e São Paulo, onerando a folha de pagamentos

originalmente prevista. Na opinião da autora, os percalços poderiam ter sido mitigados ou evitados, considerando-se também a adoção de meios consensuais de solução de conflitos, o que, à época não se cogitou, provavelmente por desconhecimento deles e da sua prática.

Por outro lado, experiências exitosas bem recentes acontecem. Em Parauapebas (PA), um dos maiores municípios mineiros do país e que abriga parte da Floresta Nacional (FLONA) de Carajás, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) apoiou um projeto de promoção do turismo como alternativa econômica, para o período pós-mineração (2015),<sup>19</sup> permitindo geração de renda e inclusão social para a população tradicional e preservação do bioma. Em Brumadinho (MG), no esforço de reparar os danos recentes causados pelo vazamento de minério, a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) noticia a decisão de bancar um projeto turístico, que inclui a construção de um hotel cinco estrelas perto do Museu do Inhotim, um “corredor ecológico” de 32 km entre Inhotim e Brumadinho, e a reativação da locomotiva a vapor – Maria Fumaça – para ligar o museu e a cidade.<sup>20</sup>

Diante da constatação dos resultados eficazes em outras áreas da vida humana, nas quais esses métodos vêm sendo adotados em escala crescente, e com sucesso, para prevenir, mitigar e/ou solucionar conflitos, restabelecer relacionamentos, destravar impasses, calibrar a intensidade dos conflitos conforme suas respectivas naturezas, otimizar ganhos mútuos no tempo, de forma mais responsável e, por conseguinte, duradoura, pergunta-se: como ficar indiferente à possibilidade de incorporação dos meios consensuais de solução de conflitos também à seara ambiental e, por consequência, ao turismo?

A experiência no Projeto Orla Viva (Búzios, RJ), por amostragem, induz a autora a acreditar na plausibilidade e no cabimento dos meios consensuais de solução de conflitos à seara ambiental e na atividade empresarial do turismo no Brasil. Acredita que seja medida de grande valia para se enfrentar o desconhecimento e alguma resistência (às vezes, ceticismo) da sociedade em geral, dos setores público e privado diante da novidade que são hoje no Brasil. A adoção dos MCSC na atividade empresarial do turismo contribuirá para equilibrar a onda crescente de disseminação do conhecimento e da capacitação crescente de profissionais com a prática real.

O ambiente legal é alvissareiro em se tratando da inclusão dos meios extrajudiciais de solução de conflitos como um fator relevante para a segurança jurídica

<sup>19</sup> GOMES, Karine. Turismo como alternativa econômica para municípios mineiros. *Portal F5*. Publicado em 12/11/2018. Disponível em: <https://f5.jor.br/2018/11/12/turismo-como-alternativa-economica-para-municipios-mineradores/>. Acesso em: ago. 2019.

<sup>20</sup> JARDIM, Lauro. Cinco estrelas. *Jornal O Globo*, em 21/7/19, p. 6.

e, com isso, pode persuadir o empresariado de turismo brasileiro a rever seus portfólios na busca de novos projetos, considerando-se que aqueles métodos serão um aliado de peso para dinamizar a atividade.

**Abstract:** The use of alternative dispute resolution (ADR) to promote tourism may be a consistent argument to serve two simultaneous purposes: to expand the adoption and consolidation of these methods and to promote tourism in Brazil. Based on this premise and the synergy between principles, assumptions and objectives, the paper aims at analyzing the role and utility of such consensual methods (negotiation, conciliation, mediation, dialogue facilitation, dispute boards, among others) and ultimately recommending them at any stage of the touristic activity (conception, feasibility, operation, extinction) to maximize results. The nature of the methodology applied is analytical-inductive and the article is based on bibliographic review, case study and the author's professional experience.

**Keywords:** Consensus. Dialogue. Development. Mediation. Tourism.

## Referências

ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2013.

ALMEIDA, Tania. Capacitação em Mediação de Conflitos: uma metodologia que articula e integra o segmento teórico e o segmento prático. *In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Org.). Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspodium, 2016.

ANSARAH, Marília Gomes dos Reis. Teoria geral do turismo. *In: ANSARAH, M. G. dos R. (Org.). Turismo: como aprender, como ensinar*. vol. 2. São Paulo: SENAC, 2004.

BERNARDELLI JUNIOR, J. M.; MANGUEIRA, F. O.; AGUIAR, A. O.; GALLARDO, A. L. C. F.; RUIZ, M. S. Sistemas de Gestão Ambiental na Operação dos Empreendimentos Hoteleiros. *Rosa dos Ventos – Turismo e Hospitalidade*, v. 6, n. 4, p. 564-582, 2014. Disponível em: <http://www.spell.org.br/documentos/ver/34432/sistemas-de-gestao-ambiental-na-operacao-dos-empreendimentos-hoteleiros-/i/pt-br>. Acesso: ago. 2019.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº13.105/15 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.140/15 de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a Mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o §2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acesso em: ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. *Resolução nº 5 de 17 de dezembro de 2018*, Disponível em: [http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55640393/do1-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro.-de-2018-55640113](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55640393/do1-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro.-de-2018-55640113). Acesso em: ago. 2019.



BRINGEL, A. C. S.; CONCEIÇÃO, T. P. S. S. *Hospitalidade e fidelização de clientes: estudo de caso do Hostelzinho Vidigal* (RJ). 27 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Tecnologia em Gestão de Turismo) – Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca – CEFET, 2019 (depositado).

CARVALHO, Maria Constança Madureira Homem de. *Parcerias público-privadas e turismo: um modelo de aplicação para fomentar o desenvolvimento socioeconômico e o desenvolvimento sustentável no Brasil – Estudo de caso*. Curitiba, PR: CRV, 2014.

GOMES, Karine. Turismo como alternativa econômica para municípios mineradores. *Portal F5*. Publicado em 12/11/2018. Disponível em: <https://f5.jor.br/2018/11/12/turismo-como-alternativa-economica-para-municipios-mineradores/>. Acesso em: ago. 2019.

JARDIM, Lauro. Cinco estrelas. *Jornal O Globo*. Publicado em 21/7/19. p. 6.

MEDIARE. Búzios – Orla Viva: Construindo Consensos na Orla Bardot – do mapeamento inicial do conflito ao pacto social – Projeto Orla Búzios. *Anuário Mediare 2017*, vol. 1, nº 001, mês 2.

OLIVEIRA, Lucas S.; SANTORO, Carolina. Os *dispute boards* e os contratos de construção e infraestrutura. *Conjur* (Opinião). Publicado em 3/6/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-03/opinio-dispute-boards-contratos-construcao-infraestrutura>. Acesso em: ago. 2019.

OLIVEIRA, L.; SANTORO, C. *apud* VAZ, Gilberto José. Os *Dispute Boards* como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 11, p. 329. São Paulo: RT, abr.-jun./2014.

PLENTZ, Renata Soares. O papel da hospitalidade na busca de um outro turismo. *Revista Hospitalidade*, São Paulo, ano 2, nº 2, p. 60, 2005.

REZENDE, Leonardo P.; PAIVA, Mônica A. de A. Setor público deve adotar métodos alternativos de solução de controvérsias. *Conjur* (Opinião). Publicado em 31/7/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-31/administracao-publica-adotar-metodos-alternativos-solucao-controversias>. Acesso em: ago. 2019.

ROSSI, Maria Teresa Baggio; SILVA, Victor Paulo Azevedo Valente da. Mediação Ambiental. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Org.). *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspodium, 2016, p. 577-592.

ROVER, Tadeu. Lei que permite mediação e arbitragem em desapropriações é publicada. *Conjur* (Utilidade Pública). Publicado em 27/8/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-27/publicada-lei-permite-mediacao-arbitragem-desapropriacoes>. Acesso em: ago. 2019.

SOARES, Samira lasbeck de Oliveira. *Mediação de conflitos ambientais: um novo caminho para a governança da água no Brasil?* Curitiba: Juruá, 2010.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

UNITED NATIONS WORLD TOURISM ORGANIZATION UNDERSTANDING TOURISM: Basic Glossary (UNWTO). Disponível em: <http://cf.cdn.unwto.org/sites/all/files/docpdf/glossaryenrev.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

---

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

MADUREIRA, Maria Constança Leahy. Do cabimento dos meios consensuais de solução de conflitos para a promoção do turismo no Brasil. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 03, n. 06, p. 177-191, jul./dez. 2021. DOI: 10.52028/rbadr.v3i6.10.

---





# Uma visão sistêmica do procedimento de mediação – As lições do pensamento de Maturana

**Patricia Dornelles Schneider**

Procuradora Municipal de Porto Alegre/RS. Pós-Graduada em Direito Municipal pela ESDM. Coordenadora da Central de Conciliação da PGM/POA.

---

**Resumo:** No presente artigo, fizemos uma breve análise histórica do conceito de pensamento sistêmico, à luz da teoria de Maturana, passando a analisar a forma de encarar e interpretar o procedimento de mediação e conciliação à luz da visão sistêmica.

A importância da chamada teoria dos sistemas para a sociedade contemporânea e, em especial, para o procedimento de mediação, traz uma visão multidisciplinar e ampliada sobre o conflito e, além de ser um dos pilares teóricos da mediação, constitui-se na própria essência do ato de mediar e conciliar.

**Palavras-chave:** Teoria geral dos sistemas. Teoria sistêmica. Maturana. Visão multidisciplinar. Auto-poiese. Mediação e conciliação.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** Breve evolução histórica e o conceito de Teoria Geral dos Sistemas e pensamento sistêmico – **3** As lições de Maturana – **4** A mediação como procedimento estruturalmente sistêmico – **5** Conclusões – Referências

---

## 1 Introdução

O procedimento de mediação e conciliação possui bases teóricas importantes, sendo o pensamento sistêmico, formulado a partir da teoria geral dos sistemas e reinterpretado por Maturana, um dos seus mais valiosos pilares.

Com origem na primeira metade do século XX, a epistemologia sistêmica tem suas raízes na chamada teoria dos sistemas.

A visão sistêmica da mediação reconhece o papel constitutivo das interações entre as pessoas e suas relações entre si e o mundo, trabalhando a instabilidade, a complexidade e a constante mudança como fatores sempre presentes nas relações sociais e nos conflitos que daí surgem, contribuindo para que se viabilizem construções colaborativas e ampliadas dos conflitos.

Mais do que um dos pilares teóricos do procedimento de mediação e conciliação, o pensamento sistêmico faz parte da própria natureza do ato de mediar e conciliar.

## 2 Breve evolução histórica e o conceito de teoria geral dos sistemas e pensamento sistêmico

Surgida com os trabalhos publicados pelo cientista e biólogo austríaco Ludwig von Bertalanffy,<sup>1</sup> entre 1950 e 1968, a teoria dos sistemas abrange a formulação de princípios válidos para sistemas em geral, qualquer que seja a natureza de seus elementos.

O sistema é considerado um conjunto de elementos de interação e o resultado da interação dos seus diferentes elementos é diferente de sua soma.

A teoria geral dos sistemas não busca solucionar problemas ou apresentar soluções práticas para eles, mas sim produzir teorias e formulações conceituais que possam criar condições de aplicação na realidade empírica.

Para Bertalanffy, a ciência havia se tornado reducionista demais, analisando os fenômenos de forma isolada ou fragmentada, prejudicando a visão do todo ou do conjunto dos elementos que compõe o sistema e a relação que cada um tem entre si.

Na ciência tradicional há o pressuposto da estabilidade e da objetividade segundo o qual é possível se conhecer o mundo de forma objetiva e linear.

Surgido no século XX, em contraposição ao pensamento “reducionista-mecanicista” herdado dos filósofos da Revolução Científica do século XVII, como Descartes, Francis Bacon e Newton, o pensamento sistêmico não nega a racionalidade científica, mas acredita que ela não oferece parâmetros suficientes para o desenvolvimento humano e para descrição do universo material e, por isso deve ser desenvolvida conjuntamente com a subjetividade das artes e das diversas tradições espirituais. É visto como componente do paradigma emergente, que tem como representantes cientistas, pesquisadores, filósofos e intelectuais de vários campos.

O pensamento sistêmico inclui a interdisciplinaridade uma vez que tem como premissa a interligação, a complexidade e a instabilidade das relações.

Nada mais atual do que pensar, como as modernas ciências vêm reconhecendo, em oposição a este pensamento tradicional, que a instabilidade e o caos estão presentes nos tempos atuais, notadamente no ano de 2020 e 2021 quando a população mundial vive uma pandemia – Covid 19 – com vários paradigmas sendo rompidos, construindo-se novos horizontes e estabelecendo-se novas relações.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria Geral dos Sistemas*. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010. Disponível em: [www.edisciplinas.usp.br](http://www.edisciplinas.usp.br). Acesso em: 28 jan. 2021.

<sup>2</sup> Yuval Noah Harari, no prefácio de *Notas sobre a pandemia: e breves lições sobre o mundo pós-coronavírus*, nos ensina a refletir: “Podemos reagir à crise estimulando a ganância por exemplo, explorando a oportunidade para aumentar os lucros, como fazem as grandes corporações. E podemos reagir à crise disseminando ignorância: por exemplo, espalhando e acreditando em ridículas teorias da conspiração. Se assim

### 3 As lições de Maturana

Humberto Maturana foi um neurobiólogo de origem chilena, nascido em 14 de setembro de 1928, crítico do realismo matemático e criador da teoria da autopoiese e da biologia do conhecer, junto a Francisco Varela. É um dos propositores do pensamento sistêmico.

Com Humberto Maturana o pensamento sistêmico ganhou outra dimensão.

Partindo da biologia, a visão sistêmica provoca uma ruptura com o pensamento moderno, adentra ao mundo da cultura e anuncia o pensamento sistêmico como base epistemológica para o estudo do ser humano, propondo uma concepção ecossistêmica da realidade.

Maturana elaborou o que se denominou autopoiese.

*Poiesis* é um termo grego que significa produção. Autopoiese quer dizer autoprodução. A palavra surgiu pela primeira vez na literatura internacional em 1974, num artigo publicado por Varela, Maturana e Uribe para definir os seres vivos como sistemas que produzem a si mesmos de modo incessante.

São sistemas autopoieticos por definição, porque sempre recompõem seus componentes desgastados. Assim, um sistema autopoietico é ao mesmo tempo produtor e produto.

Para Maturana, o termo “autopoiese” traduz o “centro da dinâmica constitutiva dos seres vivos”. Para exercê-la, eles precisam de recursos do ambiente. Portanto, são sistemas ao mesmo tempo autônomos e dependentes.

Maturana e Varela utilizaram uma metáfora didática para falar dos sistemas autopoieticos. Para eles, tais sistemas são máquinas que produzem a si próprias. Nenhuma outra espécie de máquina é capaz de fazer isso, pois todas elas produzem sempre algo diferente de si mesmas.

Segundo esses autores, os seres vivos são determinados por sua estrutura. Assim, o que percebemos e o que nos acontece num determinado instante depende de nossa estrutura nesse instante. A estrutura de um sistema é a forma como seus componentes interligados interagem sem que mude a organização.

Em um sistema vivo a estrutura muda o tempo todo, o que mostra que ele se adapta às modificações do ambiente, também contínuas. Mas a perda da articulação levaria à desorganização e, portanto, à morte. O mundo em que vivemos

---

reagimos, será muito mais difícil lidar com a crise atual, e o mundo pós-covid 19 será um mundo desunido, violento e pobre.

Mas não há necessidade de reagir propagando ódio, ganância e ignorância. Podemos reagir gerando compaixão, generosidade e sabedoria. Podemos optar em acreditar na ciência, e não em teorias conspiratórias. Podemos optar por cooperar com os outros em vez de culpá-los pela epidemia. Podemos optar por compartilhar o que temos em vez de apenas acumular mais para nós mesmos. Reagindo assim de forma positiva, será muito mais fácil lidar com a crise, e o mundo pós-covid-19 será muito mais harmonioso e próspero”.

é o que construímos com base em nossas percepções. É a nossa estrutura que permite essas percepções. Nosso mundo é a nossa visão de mundo. Se a realidade que percebemos depende da nossa estrutura, existem tantas realidades quantas pessoas percebedoras.

Em outras palavras, não vemos o mundo como ele é, mas como nós somos.

Maturana e Varela observam que o sistema vivo e o ambiente se modificam de forma congruente. Na sua metáfora, o pé sempre se ajusta ao sapato e vice-versa. É uma boa maneira de dizer que o meio produz mudanças na estrutura dos sistemas, que por sua vez agem sobre ele, alterando-o numa relação circular. Quando um organismo influencia outro, este replica influenciando sobre o primeiro. Desenvolve uma conduta compensatória. O primeiro organismo, por sua vez, dá a tréplica e volta a influenciar o segundo, que por seu turno mais uma vez retruca e assim por diante.

Sempre que um sistema influencia outro, ele passa por uma mudança de estrutura. Ao retrucar, o influenciado dá ao primeiro uma interpretação de como percebeu essa mudança.

Em síntese, podemos dizer que a teoria sistêmica mostra que os indivíduos, as empresas e as organizações pertencem sempre a um ou mais sistemas. Pertencemos a nossa família, nosso trabalho, associações, sindicatos, bairros, comunidades e tudo o mais que nos cerca e nos insere nas relações que estabelecemos no mundo. Um sistema pressupõe a interdependência entre as partes e tem como pressuposto basilar a noção de que o todo é maior que a soma das partes, exatamente porque somente na interação ou nas relações que os indivíduos se constituem e se modificam.

Há, portanto, um diálogo, no qual o comportamento de cada organismo corresponde a uma descrição do comportamento do outro. Cada um “conta” ao outro como recebeu e interpretou a sua ação. “Todo o fazer é um conhecer e todo o conhecer é um fazer” (MATURANA; VARELA, 2005, p. 31).

De um modo geral, as principais ideias de Maturana e sua contribuição ao pensamento sistêmico podem ser assim resumidas:

- a) enquanto não entendermos o caráter sistêmico da célula não conseguiremos compreender os organismos;
- b) a autopoiese define com clareza os fenômenos biológicos;
- c) os fenômenos sociais podem ser considerados biológicos, porque a sociedade é formada por seres vivos;
- d) a noção de que os sistemas são determinados por sua estrutura é de fundamental importância para muitas áreas da atividade humana.

## 4 A mediação como procedimento estruturalmente sistêmico

O procedimento de mediação e conciliação, enquanto estrutura consensual de resolução de conflitos, em que uma terceira pessoa, o mediador, atua como

facilitador da interação e do diálogo entre as partes ou mediandos, traz como um dos seus pilares teóricos, a epistemologia sistêmica.

Entretanto, mais do que uma das bases teóricas do procedimento de mediação, e além de uma das modalidades possíveis de mediação (mediação sistêmica), o ato de mediar e conciliar traz intrinsecamente e na sua própria essência, o olhar sistêmico.

A multiplicidade dos aportes teóricos em mediação deve-se à contribuição de diferentes pensadores que, ao longo do tempo, têm agregado conhecimento a essa prática e ampliado suas intervenções em quantidade e qualidade.

Como não faz restrição à profissão de origem, a mediação pode enriquecer-se com olhares e contribuições advindos de distintos saberes – caráter transdisciplinar da mediação. Esse dinamismo dá à *caixa de ferramentas*, termo utilizado por Tania Almeida<sup>3</sup> um caráter multidisciplinar e de perene construção. Aberta à atualização e a novos aportes – são inúmeras e constantes as ofertas nesse sentido – a prática da mediação vem sendo enriquecida permanentemente.

Os mediandos experimentam esse estado oscilatório, entre o paradigma da disputa e da adversarialidade e o da colaboração, durante o processo de mediação e até mesmo após o seu término.

A mediação prima por novos paradigmas e tende a se instalar definitivamente na cultura ocidental quando a oscilação entre antigas e novas crenças ganhar maior estabilidade e, concomitantemente, quando um significativo grupo social – em termos de quantidade e credibilidade – lhe der validação.

O pensamento sistêmico veio ampliar nossa visão sobre os eventos e sobre o mundo em que vivemos, constituindo-se, na contemporaneidade, pilar para todas as ciências. A visão sistêmica entende o mundo como um sistema, o que significa percebê-lo como um todo integrado, composto de diferentes elementos interdependentes que interferem uns nos outros em maior ou menor proporção.

O paradigma sistêmico é o grande responsável pela ideia da interdisciplinaridade, pela proposta da complexidade e pela crença na causalidade multifatorial, dentre outras visões novo-paradigmáticas.

A eficácia de nossas atuações deve-se também ao tratamento multidisciplinar que lhes possamos conferir. Compartilhar e integrar conhecimento tornou-se uma máxima.

Os sistemas humanos são complexos, dinâmicos, instáveis, imprevisíveis e não devem, portanto, ser abordados de forma reducionista, conforme nos ensina Lisiane Lindenmeyer Kalil em “Visão Sistêmica e Transformadora do Conflito – Mediação de Conflitos – Paradigmas Contemporâneos e Fundamentos para a

<sup>3</sup> ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014.

Prática” (in: MARODIN, Marilene; MOLINARI, Fernanda (Org.). Porto Alegre, RS: Imprensa Livre, 2016, p. 117-135. p. 120).

Segundo a citada autora: “O pensamento sistêmico convida as pessoas a romperem seus paradigmas tradicionais de conhecimento e buscarem uma compreensão mais ampla do conflito”.

Não se pode pensar em mediação sem entender que os indivíduos que estão em conflito são seres humanos carregados de histórias, relações, interações e subjetividades, e que o conflito surge da interação entre as partes e das relações construídas antes e durante o procedimento, sem perder o foco prospectivo é para o futuro que a mediação deve primar.

O próprio mediador, enquanto profissional capacitado a atuar como o terceiro imparcial e condutor da resolução do conflito, passa a interagir (*rapport*<sup>4</sup>) e a estabelecer também relações com os mediandos, sendo, portanto, a cadeia de interações, relações e estruturas humanas o cerne do procedimento, uma vez que os conflitos são mediados para as pessoas e pelas pessoas.

Assim, o procedimento de mediação é uma interação entre os mediandos e entre os mediandos e o mediador, numa verdadeira cadeia de relações e estruturas humanas intrinsecamente relacionadas.

Não se trata de procedimento linear, mas de estruturas complexas e instáveis e que trazem no seu âmago a necessidade de uma visão sistêmica do conflito, dos mediandos e das suas relações entre si e com o próprio mediador.

Outro aspecto importante é que a perspectiva sistêmica permite compreender que a mudança de posicionamento, ainda que seja apenas de uma das partes, importa numa alteração da dinâmica de funcionamento de todo sistema.

Sendo assim, a visão sistêmica torna mais concreto, viável e efetivo, o exercício da autonomia da vontade, princípio norteador do procedimento de mediação.

A mediação e a conciliação como possibilidades procedimentais consagradas pelo CPC de 2015 – arts. 165 a 175, abrem as portas para diversas possibilidades de abordagem dos conflitos e de acesso à justiça, sendo a visão sistêmica intrinsecamente relacionada ao procedimento de mediar.

## 5 Conclusões

O procedimento de mediação e de conciliação, como forma de resolução consensual de conflitos traz em seu bojo e na sua própria essência e natureza, o pensamento sistêmico.

<sup>4</sup> *Rapport* ou acolhimento é uma palavra de origem francesa que significa a interação entre o mediador e os mediandos, com ênfase no estabelecimento de empatia e confiança entre as partes.

Falar em mediação e nas suas várias modalidades é falar em uma estrutura multidisciplinar de abordagem do conflito, que necessita de um olhar abrangente e sistêmico do conflito, das partes e de suas interações.

O pensamento sistêmico, nessa perspectiva, seria um novo paradigma científico, que conduz a uma visão ou pensamento sistêmico e que ocorre da simplicidade para a complexidade, que, por sua vez, leva à contextualização e ao reconhecimento da causalidade recursiva. Também se daria da estabilidade para a instabilidade, já que o mundo e as pessoas estão em processo constante de modificação.

Os conflitos são gerados a partir dos olhares e da posição dos indivíduos e surgem das interações destes entre si e para com os outros e seus grupos, sendo necessário que o mediador tenha como premissa de seu trabalho a complexidade, a instabilidade e a mutabilidade das relações, para que, a partir delas, possa auxiliar na construção de alternativas possíveis para restabelecer, de maneira prospectiva, a pacificação dos conflitos e novas formas de olhar e lidar com eles.

Optar, de forma voluntária, pelo procedimento de mediação e conciliação, a fim de resolver conflitos de interesses, independente do resultado deste procedimento, já é um modificar-se e modificar ao outro ou ao meio em que as pessoas estão inseridas, considerando aqui a visão sistêmica da mediação enquanto estrutura estabelecida para fazer as partes refletirem sobre o seu papel no conflito, e como as suas relações e as suas vivências influenciam nas partes e no todo.

Sem dúvida, a epistemologia sistêmica se apresenta como estruturante do procedimento de mediar e conciliar, na busca de uma pacificação social mais dialógica e menos adversarial, transformando pessoas e grupos sociais.

---

**Abstract:** In this article, we made a brief historical analysis of the concept of systemic thinking, in the light of Maturana's theory, going on to analyze the way of facing and interpreting the procedure of mediation and conciliation in the light of the systemic view. The importance of the so-called systems theory for contemporary society and, especially for the mediation procedure, brings a multidisciplinary view of the conflict, in addition to being one of the theoretical pillars of mediation, constituting the very core of the act of mediating and reconcile.

**Keywords:** General Systems Theory. Systemic theory. Maturana. Multidisciplinary view. Autopoiesis. Mediation and conciliation.

---

## Referências

- ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014.
- BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria Geral dos Sistemas*. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010. Disponível em: [www.edisciplinas.usp.br](http://www.edisciplinas.usp.br). Acesso em: 28 jan. 2021.



HARARI, Yuval Noah, *Notas sobre a pandemia: e breves lições para o mundo pós-coronavírus*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

KALIL, Lisiane Lindenmeyer. *Visão Sistêmica e Transformadora do Conflito – Mediação de Conflitos in Paradigmas Contemporâneos e Fundamentos para a Prática*. In: MARODIN, Marilene; MOLINARI, Fernanda Molinari (Org.). Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016. p. 117-135.

MATURANA, H., VARELA, F. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. 5. ed. Tradução: Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athenas, 2005.

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação Não-Violenta*. São Paulo: Ágora, 2006.

STORCH, Sami. O direito sistêmico: quando o reconhecimento das leis sistêmicas promove conciliação. In: PELIZZOLI, Marcelo L. (Org.). *Justiça Restaurativa: caminhos de pacificação social*. Recife: Editora UFPE, 2016. p. 177-186.

URY, William. *Como chegar ao sim com você mesmo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. A Mediação como Forma Alternativa de Solução de Conflitos (Capítulo 4, p. 86-110). In: VASCONCELLOS, Maria Esteves de. *Mediação de Conflitos: epistemologia, teoria e técnicas*. Monografia para Graduação em Direito. UniCEUB, Brasília, DF. 2003.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento Sistêmico: o novo paradigma da ciência*. 11. ed. Campinas, SP: Papyrus, 2018.

WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo: a mediação no Direito*. Florianópolis: Modara, 2018.

---

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

SCHNEIDER, Patricia Dornelles. Uma visão sistêmica do procedimento de mediação – As lições do pensamento de Maturana. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 03, n. 06, p. 193-200, jul./dez. 2021. DOI: 10.52028/rbadr.v3i6.11.

---

# Arbitragem sem precatório: celeridade do início ao fim

**Tamara Grillo Balassiano**

Graduada pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

---

**Resumo:** O artigo busca analisar as alternativas ao regime de precatórios judiciais, rito aplicável ao pagamento de débitos devidos pela Administração Pública, a fim de afastar a morosidade no pagamento de débitos reconhecidos em sentença arbitral condenatória em desfavor da Administração Pública. A relevância do tema reside no fato de a eleição da via arbitral não ser, sozinha, suficiente para garantir a segurança jurídica necessária à celebração de contratos administrativos com o parceiro privado. Inicialmente, serão analisadas as possibilidades de pagamento pela via administrativa e por intermédio de fundo garantidor de natureza privada e patrimônio próprio. Na sequência, será avaliada a possibilidade de compensação de créditos recíprocos entre o particular e o ente administrativo, por decisão do tribunal arbitral, na forma do Código Civil, como alternativa complementar.

**Palavras-chave:** Arbitragem. Administração Pública. Precatórios judiciais. Alternativas.

**Sumário:** Introdução – **1** Arbitrabilidade na Administração Pública: contexto necessário – **2** Regime de precatórios judiciais: regra geral aplicável à satisfação do crédito do particular reconhecido em sentença arbitral, de cunho pecuniário, condenatória em desfavor da Administração Pública – **3** Alternativas existentes à regra geral – **4** Alternativa complementar sugerida: compensação de créditos contratuais recíprocos entre o particular e a Administração Pública, por decisão do tribunal arbitral, na forma do artigo 368 do Código Civil – Conclusão – Referências

---

## Introdução

O presente artigo versa sobre a execução de sentença arbitral condenatória, de cunho pecuniário, prolatada em desfavor da Administração Pública no Brasil e parte da premissa de que o deslinde da controvérsia se dá apenas com a satisfação do crédito do particular reconhecido no laudo arbitral. Afinal, o artigo 4º do Código de Processo Civil<sup>1</sup> é claro ao incluir a atividade satisfativa na solução integral do mérito: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, *incluída a atividade satisfativa*”.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

Dito isso, o problema reside na morosidade do regime de precatórios judiciais, regra geral aplicável à execução contra a Fazenda Pública, na forma do artigo 100 da Constituição Federal,<sup>2</sup> que acaba por afastar a celeridade inerente ao procedimento arbitral. Em outras palavras, a morosidade do rito constitucional é tão excessiva que, mesmo com a adoção da arbitragem, fica inviabilizada a conclusão do processo em tempo razoável.

Como se verá, o problema extrapola a satisfação do crédito do particular no caso concreto, impactando, inclusive, na obtenção de investimentos privados por parte do poder público, de modo que forçoso que se viabilize alternativas ao regime de precatórios judiciais, que possam conferir, de fato, um deslinde mais célere e eficaz à controvérsia entre o particular e a Administração Pública, tal como se espera quando da adoção do juízo arbitral.

Inicialmente, serão analisadas duas alternativas ao regime de precatórios judiciais que possibilitam a satisfação do crédito do particular de forma mais célere: (i) o pagamento pela via administrativa, hipótese em que nem mesmo se dá início ao cumprimento de sentença em juízo; e (ii) o pagamento garantido por fundo privado de patrimônio próprio, estabelecido por lei, na forma da Lei nº 11.079/04,<sup>3</sup> que regula as parcerias público-privadas, hipótese em que, dado início ao cumprimento de sentença, prossegue-se para o rito da execução privada.

Na sequência, será sugerida uma terceira e complementar alternativa, qual seja: a compensação, na forma do artigo 368 do Código Civil,<sup>4</sup> do crédito do particular com eventual crédito contratual da Administração Pública, por decisão do tribunal arbitral.

Para tanto, o artigo será dividido em quatro tópicos. A seção 1 contextualizará a arbitrabilidade nos conflitos envolvendo a Administração Pública no Brasil. Em seguida, a seção 2 tratará sobre o regime de precatórios judiciais. A seção 3, por sua vez, analisará duas alternativas existentes ao rito constitucional de pagamentos devidos pela Fazenda Pública. E a seção 4, ao final, apresentará uma terceira e complementar alternativa.

<sup>2</sup> “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim” (BRASIL. (Constituição 1988) *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 mar. 2021).

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>4</sup> “Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.” BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

## 1 Arbitrabilidade na Administração Pública:<sup>5</sup> contexto necessário

A discussão acerca da possibilidade de a Administração Pública dirimir seus conflitos por meio da arbitragem certamente não é recente. Antes de 2015, ano em que a Lei de Arbitragem Brasileira<sup>6</sup> foi reformada pela Lei nº 13.129/2015,<sup>7</sup> a discussão principal girava em torno da arbitrabilidade subjetiva, visto que não havia previsão expressa que possibilitasse à Administração Pública se sujeitar à via arbitral.<sup>8</sup> Com a reforma, o que já era há muito reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça<sup>9</sup> passou, finalmente,

<sup>5</sup> Sobre o tema, *vide*, dentre outros: PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitrabilidade. In: *Manual de arbitragem para advogados*, CEMCA/CFOAB, 2015, p. 48-63 *apud* SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação*. Orientador: Joaquim Falcão. Dissertação de Mestrado – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 40. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16218/Disserta%c3%a7%cc3%a3%20-%20Gustavo%20da%20Rocha%20Schmidt%20-%20Aprovado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrerem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>8</sup> Faltava previsão ampla e abrangente à Administração Pública como um todo, mas tal possibilidade já encontrava previsão em diversas leis específicas, tais como: (i) art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 5.662/1971 (BRASIL. *Lei nº 5.662, de 21 de junho de 1971*. Enquadra o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) na categoria de empresa pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5662.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5662.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.); (ii) art. 23-A da Lei nº 8.987/1995 (BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.); (iii) art. 93, XV, da Lei nº 9.472/1997 (BRASIL. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.); (iv) art. 43, X, da Lei nº 9.478/1997 (BRASIL. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.); (v) art. 35, XVI, da Lei nº 10.233/2001 (BRASIL. *Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001*. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l10233.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10233.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.); e (vi) art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004 (BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm). Acesso em: 13 mar. 2021).

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Mandado de Segurança nº 11.308/DF – Distrito Federal*. “EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA.

ao plano legislativo, com a previsão expressa de emprego do juízo arbitral para solucionar conflitos com o Poder Público.<sup>10</sup>

Apesar de positiva, a reforma se mostrou insuficiente para pôr fim à discussão acerca da arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública; se antes da reforma discutia-se o “quem”, depois da reforma passou-se a discutir-se o “quê”.<sup>11</sup>

Ocorre que, para além da melhor delimitação da arbitrabilidade objetiva nos conflitos com a Administração Pública, há ainda muito o que se avançar para que a adoção da arbitragem como meio de resolução de conflitos extrajudicial se torne cada vez mais frequente nas disputas com o Estado. A título de exemplo, cita-se a necessidade de definição de diretrizes e até mesmo de uma cláusula compromissória modelo,<sup>12</sup> esforços necessários para que a Administração Pública

---

CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. [...] os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como ‘caso Lage’, no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente ‘a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.’ [...] Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público.” [...] (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR/EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no *DJ* de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. *In* RTJ 68/382 – “Caso Lage”. Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrichi, DJ 18.08.1999.) [...] Impetrante: TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A. Impetrado: Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. Relator: Min. Luiz Fux, 09 de abril de 2008. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200502127630&dt\\_publicacao=19/05/2008](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200502127630&dt_publicacao=19/05/2008). Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>10</sup> “Art. 1º. [...] §1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm). Acesso em: 13 mar. 2021).

<sup>11</sup> Para maior segurança jurídica, acredita-se que o legislador poderia ter inserido um rol de controvérsias consideradas sobre direitos patrimoniais disponíveis, tal como feito, a título de exemplo, nos (i) art. 31, §4º, da Lei nº 13.448/2017 (BRASIL. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm). Acesso em: 13 mar. 2021); e (ii) art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 10.025/2019 (BRASIL. Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o §1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o §5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm#:~:text=D10025&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem%20para,XVI%20do%20caput%20do%20art.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm#:~:text=D10025&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem%20para,XVI%20do%20caput%20do%20art.) Acesso em 01 nov. 2020).

<sup>12</sup> Ver: SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação*, cit., p. 118; e YAMAMOTO, Ricardo. *Arbitragem e administração pública: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos*. Orientadora: Daniela Monteiro Gabbay. 2018. Dissertação de Mestrado – Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018, p. 155-162. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/25820/Dissertacao\\_Mestrado\\_versao\\_definitiva\\_para\\_deposito.pdf?sequence=3&isAllowed=](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/25820/Dissertacao_Mestrado_versao_definitiva_para_deposito.pdf?sequence=3&isAllowed=). Acesso em: 13 mar. 2021.

tenha segurança jurídica na escolha pela via arbitral e para que a arbitragem não se torne um perigo para o particular.<sup>13</sup>

Outro exemplo, tema deste artigo, é a necessidade de se viabilizar alternativas ao moroso regime de precatórios judiciais, no caso de proferida sentença arbitral condenatória, de cunho pecuniário, em desfavor da Administração Pública.

Não é preciso conhecer a fundo o instituto da arbitragem para saber que há certas condições inerentes ao procedimento arbitral que o tornam mais vantajoso que o processo judicial. Assim, quando as partes pensam em adotar a arbitragem no lugar do processo judicial, o que fazem nada mais é do que uma ponderação entre as vantagens e desvantagens que cada procedimento oferece, elegendo a via que, dentre prós e contras, lhes parece melhor.

Ao versar sobre as vantagens da via arbitral, Dalmo de Abreu Dallari parafraseia os comentários – “muito precisos e que hoje continuam absolutamente atuais”<sup>14</sup> – de José Antônio Pimenta Bueno, ressaltando que a Constituição de 1824, a primeira do país, já tratava da arbitragem como meio de resolução de conflitos extrajudicial: “o juízo arbitral voluntário é com efeito o tribunal mais natural, é o fruto da escolha e aprazimento das partes, sem delongas, sem despesa, sem inimizades e injúrias”.<sup>15</sup>

Nesse sentido, pode-se afirmar que as vantagens da via arbitral, identificadas quando comparada à via judicial, necessariamente perpassam pela flexibilidade do procedimento arbitral, que pode ser criado e adaptado pelas partes conforme sua vontade. Prevalece a autonomia da vontade das partes, princípio basilar do instituto da arbitragem, “limitada apenas pelas leis imperativas nacionais e pelas regras de ordem pública”,<sup>16</sup> como pontua Selma Lemes.

Isso, porque “a menor formalidade dos procedimentos arbitrais é, em grande parte, decorrente da sua flexibilidade, da desnecessidade de serem seguidos os ritos e formas solenes do Poder Judiciário”.<sup>17</sup> Assim, Cândido Rangel Dinamarco

<sup>13</sup> Ver: SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação, cit.; e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Incentivos às arbitragens com a Administração Pública: objetivo é gerar um ambiente de confiança e maior estabilidade para a propagação do instituto e de sua prática no Brasil. *JOTA*, 27 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/incentivos-as-arbitragens-com-a-administracao-publica-27062019>. Acesso em: 23 nov. 2020

<sup>14</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 35/2012, out.-dez./2012, p. 301.

<sup>15</sup> BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978, p. 342.

<sup>16</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 686/1992, dez./1992, p. 85. Disponível em: [http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri20.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf). Acesso em: 01 nov. 2020.

<sup>17</sup> MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Orientador: Carlos Alberto Carmona. 2010. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 74. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/publico/tese\\_FINAL\\_4.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/publico/tese_FINAL_4.pdf). Acesso em: 13 mar. 2021.

“defende que a simplificação das formas e a flexibilidade do procedimento arbitral são fatores que contribuem para a celeridade do procedimento”.<sup>18</sup>

A celeridade é, portanto, um dos motivos que justificam a eleição da via arbitral.<sup>19</sup> Ocorre que, como se adiantou, a regra geral aplicável no caso da execução contra a Fazenda Pública é a submissão da sentença arbitral que reconhece o crédito do particular em desfavor da Administração Pública ao moroso regime de precatórios judiciais.

De fato, ainda que o particular tenha que submeter a sentença arbitral condenatória contra a Fazenda Pública ao regime de precatórios judiciais para ver seu crédito satisfeito, ele o terá muito antes do que o teria caso a lide fosse, desde o início, submetida ao Judiciário, já que “causas de maior complexidade técnica e de maior dimensão econômica demoram dez, quinze, quiçá vinte anos para terminar [... enquanto] uma arbitragem, por mais demorada que seja, é concluída em dois, três ou, no pior dos cenários, em quatro anos”.<sup>20</sup>

O presente artigo, no entanto, parte da premissa de que se faz necessário olhar para o deslinde da controvérsia como um todo, de modo a se buscar que a celeridade se faça presente do início ao fim do deslinde da controvérsia, isto é, que a satisfação do crédito reconhecido na sentença arbitral também se dê de forma célere.

Dito de outra forma, acredita-se serem incompatíveis a arbitragem, inerentemente célere, e o regime de precatórios judiciais, essencialmente moroso.

Essa tese se reforça quando se leva em consideração o agravante de que, ao litigar contra a Administração Pública pela via arbitral, o particular terá, muitas das vezes, o ônus de adiantar as custas do procedimento,<sup>21</sup> que, se reavidas, o serão, via de regra, também pelo regime de precatórios judiciais. Tais custas

<sup>18</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, n. 9, p. 32 *apud ibid.*, p. 74-75.

<sup>19</sup> Há, claro, outras vantagens. Especificamente sobre os contratos administrativos. Nesse sentido, ver, dentre outros: GAMA, Lauro. Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado). In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. II, *issue* 8, p. 7-42, 2005; LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*, São Paulo: Quartier Latin, 2007; e LEMES, Selma Ferreira. *Sete motivos para eleger a Arbitragem em contratos empresariais e públicos*. 2018. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo62.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>20</sup> SCHMIDT, Gustavo da Rocha; BALASSIANO, Tamara Grillo. Arbitragem sem precatório: em busca de um novo paradigma para o pagamento de valores devidos pela Fazenda Pública. *JOTA*, 23 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-sem-precatorio-23062020>. Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>21</sup> Ver, exemplificativamente: (i) art. 11, parágrafo único, da Lei nº 19.477/2011 (MINAS GERAIS. *Lei nº 19.477, de 12/01/2011*. Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências. Belo Horizonte, MG: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2011. Disponível em: [https://www.normasbrasil.com.br/norma/lei-19477-2011-mg\\_142010.html](https://www.normasbrasil.com.br/norma/lei-19477-2011-mg_142010.html). Acesso em 01 nov. 2020); (ii) art. 31, §2º, da Lei nº 13.448/2017 (BRASIL. *Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017*); e (iii) art. 9º do Decreto nº 46.245/2018 (RIO DE JANEIRO (Estado). *Decreto nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018*).



abrangem taxas de administração da instituição arbitral, honorários do tribunal arbitral e de eventual perito e demais despesas do procedimento.

Aliás, no que tange às particularidades da arbitragem envolvendo a Administração Pública, interessante notar que a confidencialidade, outra vantagem comparativa da via arbitral, resta mitigada pelo princípio da publicidade, cuja obrigatoriedade é mandatória pela Administração Pública, na forma do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.<sup>22</sup> Todavia, ao contrário do que se observa entre a celeridade procedimental e o regime de precatórios judiciais, admite-se que confidencialidade e publicidade coexistam.<sup>23</sup>

Isso porque há diversos fundamentos que justificam a coexistência dos dois extremos (confidencialidade e publicidade). A título de exemplo: o fato de a Administração Pública se sujeitar ao controle dos Tribunais de Conta da União e dos Estados e o fato de serem determinados contratos administrativos fruto de processos licitatórios, aos quais a transparência e a publicidade são inerentes.<sup>24</sup>

Assim, tem-se caminhado para um meio termo razoável,<sup>25</sup> em que se garante a publicidade das sentenças arbitrais, das petições e dos laudos periciais a terceiros interessados, na forma do artigo 2º, §3º, da Lei de Arbitragem Brasileira,<sup>26</sup> incluído com a reforma de 2015, mas se mantém a confidencialidade das audiências e se confere ao tribunal arbitral a competência para decidir sobre pedidos formulados pelas partes a respeito de sigilo de documentos e informações, que, se divulgados, lhes poderão prejudicar.<sup>27</sup>

<sup>22</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]” (BRASIL. (Constituição 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*).

<sup>23</sup> Ver, dentre outros: LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos: arbitrabilidade objetiva, confidencialidade ou publicidade processual? In: *Revisa de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 6, jul.-set./2003, p. 18. Disponível em: [http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri15.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf). Acesso em: 23 nov. 2020; e CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 67.

<sup>24</sup> Ver, dentre outros: LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos: arbitrabilidade objetiva, confidencialidade ou publicidade processual? Cit.; e CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*, cit., p. 67.

<sup>25</sup> Ver: LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos: arbitrabilidade objetiva, confidencialidade ou publicidade processual? Cit.

<sup>26</sup> “Art. 2º. [...] §3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade” (BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*).

<sup>27</sup> “Art. 13. Os atos do processo arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo, de segredo de justiça, de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público. [...] §3º A audiência arbitral respeitará o princípio da privacidade, sendo reservada aos árbitros, secretários do tribunal arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da instituição de arbitragem e demais pessoas previamente autorizadas pelo tribunal arbitral. §4º O tribunal arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por quaisquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes” (RIO DE JANEIRO (Estado). *Decreto nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018*. Regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o estado do rio de janeiro ou suas entidades. Rio de



Não se vislumbra, contudo, qualquer forma de coexistência entre a celeridade do procedimento arbitral e a morosidade do regime de precatórios judiciais, pois a morosidade do regime de precatórios judiciais (i) não é razoável e (ii) está na essência do rito constitucional, não sendo possível alcançar qualquer “meio termo razoável”. Concilia-se aquilo que é necessário, apenas – tal como a confidencialidade e a publicidade.<sup>28</sup>

Finalmente, cumpre destacar que o fomento da adoção da arbitragem como meio de resolução de conflitos extrajudicial nas disputas que envolvam a Administração Pública é fundamental à atração de investimentos privados, nacionais e estrangeiros, no Brasil, pois garante aos investidores a preservação adequada de seus “interesses em contratações de projetos de natureza complexa, longo prazo e com alto valor imobilizado em ativos”.<sup>29 30</sup>

Não por outros motivos, Selma Lemes afirma que “a arbitragem, além de ser um instituto jurídico, é, também um negócio financeiro”.<sup>31</sup>

Nesse sentido, é válido citar o trecho constante em publicação do Banco Mundial, seguido dos ensinamentos de Carlos Alberto de Salles, a respeito da distinção entre interesse público e interesse do Estado:

O Brasil construiu uma reputação de credibilidade junto a investidores nacionais e internacionais que o levou a obter grau de investimento. No entanto, quando se trata de pagamentos a fornecedores e empreiteiros, atrasos nos pagamentos e rescisões contratuais não são incomuns. As razões por trás desse problema têm raízes políticas e estão relacionadas às deficiências no processo orçamentário, planejamento plurianual inadequado, rigidez orçamentária com ampla vinculação de receitas e uma pequena proporção das despesas discricionárias, que leva qualquer ajusta fiscal a depender fortemente da redução do investimento.

---

Janeiro, RJ: Governo do Estado, 2018. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=Mzc0MQ%2C%2C>. Acesso em: 13 mar. 2021).

<sup>28</sup> Ver, dentre outros: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, out./dez. 2015, p. 67-68.

<sup>29</sup> YAMAMOTO, Ricardo. Arbitragem e administração pública: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos, cit., p. 15.

<sup>30</sup> Ver também, dentre outros: SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p.76; e LEMES, Selma Maria Ferreira. Incentivos à arbitragem na administração pública. *Valor Econômico*, 05 de setembro de 2016. Disponível em: <https://valor.globo.com/noticia/2016/09/05/incentivos-a-arbitragem-na-administracao-publica.ghtml>. Acesso em: 23 nov. 2020; ACCIOLY, João Pedro. O cumprimento de sentenças arbitrais desfavoráveis à Administração Pública. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 998/2018, mar./2018, p. 28; e QUINTÃO, Luísa. Breves notas sobre a arbitragem e a Administração Pública no Brasil. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 59/2018, out.-dez./2018, p. 121-122.

<sup>31</sup> LEMES, Selma Ferreira. *A importância da arbitragem nas PPPs*. 2006. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/A%20Importancia%20da%20Arbitragem%20nas%20PPPs.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

As grandes obras públicas que levam dois ou três anos para serem concluídas, como estradas e canais de irrigação, sofreram com a imprevisibilidade dos financiamentos, o que muitas vezes levou a perdas para os investidores, mas também para o governo devido aos efeitos de encargos e outras despesas adicionais previstas em contrato, tais como pagamentos de compensação. A incerteza relativa aos recebíveis é fixada no preço ofertado pelas empresas nas licitações, dado que a alternativa de ações judiciais contra o governo tem eficácia limitada. O governo tem privilégios legais que acabam submetendo as ações judiciais a anos de litígio antes de uma decisão final da justiça, e os bens públicos não podem ser apreendidos por ordem judicial.<sup>32</sup>

Deve-se destacar o fato de interesse público e interesse do Estado nem sempre andarem juntos, como geralmente se tende a colocar. Há de se reconhecer um espaço específico ao interesse patrimonial do Estado, que nem sempre é coincidente com o interesse público em um sentido mais amplo.<sup>33</sup>

O interesse público, como se vê, está do lado oposto ao do regime de precatórios judiciais, de modo que imprescindível a viabilização de alternativas ao rito constitucional, para que se possa tirar proveito máximo da celeridade procedimental inerente à via arbitral eleita.

## 2 Regime de precatórios judiciais: regra geral aplicável à satisfação do crédito do particular reconhecido em sentença arbitral, de cunho pecuniário, condenatória em desfavor da Administração Pública

O procedimento para se executar uma sentença arbitral condenatória, de cunho pecuniário, em desfavor da Administração Pública não é complexo: trata-se de mera submissão de título executivo judicial, na forma do artigo 515, VII, do Código Processo Civil,<sup>34</sup> ao rito do cumprimento de sentença regulado pelos artigos 534 e 535 do mesmo Código.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> BANCO MUNDIAL. *Doing Business in 2005: Removing Obstacles to Growth*. Washington, D.C.: Banco Mundial, 2005, p. 68 (tradução livre) *apud* DIETERICH, Frederico Bopp. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas. *Banco Interamericano de Desenvolvimento*. 2017, p. 7-8. Disponível em: <https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Mitiga%C3%A7%C3%A3o-de-risco-para-projetos-de-parcerias-p%C3%BAblico-privadas-no-Brasil-A-estrutura%C3%A7%C3%A3o-de-garantias-p%C3%BAblicas.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>33</sup> SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*, cit., p. 126-128.

<sup>34</sup> “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII – a sentença arbitral.”

<sup>35</sup> Parte Especial, Livro I, Título II, Capítulo V, “Capítulo V – Do Cumprimento de Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Pagar Quantia Certa pela Fazenda Pública” (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*).

A problemática gira em torno da satisfação do crédito, que, via de regra, conforme o comando do artigo 535, §3º, I,<sup>36</sup> se dá pelo regime de precatórios judiciais, previsto no artigo 100 da Constituição Federal, cujos *caput* e §5º dispõem:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. [...]

§5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.<sup>37</sup>

Na presente seção, serão elucidados alguns aspectos relevantes a respeito do regime de precatórios judiciais, especialmente no que tange a aqui defendida incompatibilidade entre ele e o procedimento arbitral.

Quanto ao significado do termo – do latim *precatorius*, “relativo a súplica”<sup>38</sup> –, há quem estabeleça conexão entre o rito de pagamento de débitos devidos pela Fazenda Pública e o princípio da separação dos poderes, consagrado no artigo 2º da Constituição Federal:<sup>39</sup>

O seu significado vem de deprecar, pedir e solicitar, denominação essa que faz jus com o texto constitucional. Segundo o artigo 2º da CF/88, os Poderes Públicos são independentes e independentes entre si, razão pela qual o Judiciário tem que pedir – e não mandar – que os outros poderes [...] providenciem as verbas necessárias para pagar as condenações contra esses poderes na Justiça.<sup>40</sup>

Essa tese, contudo, não deve ser interpretada no sentido de que a manutenção do regime de precatórios judiciais como regra geral é condição necessária à

<sup>36</sup> “Art. 535. [...] §3º Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada: I – expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal” (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*).

<sup>37</sup> BRASIL. (Constituição 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

<sup>38</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1537.

<sup>39</sup> “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL. (Constituição 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*).

<sup>40</sup> SANTOS, Leonardo David Braga dos. *Dívidas da Fazenda Pública: Análise história dos precatórios abordando seus avanços e retrocessos*. Brasília: ESAF, 2013. Monografia inscrita no XVIII Prêmio Tesouro Nacional – 2013, p. 19. Disponível em: [http://sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis\\_monografias.obtem\\_monografia?p\\_id=424](http://sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis_monografias.obtem_monografia?p_id=424). Acesso em: 13 mar. 2021.

garantia do princípio constitucional da separação dos poderes. Se assim o fosse, as requisições de pequeno valor não poderiam ser excepcionadas, como o são, pelo artigo 100, §3º<sup>41</sup> 42 da Carta Maior.

O que está, portanto, por trás do regime de precatórios judiciais não é a garantia do princípio da separação dos poderes – já que, quando o valor devido não pesa no bolso da Fazenda Pública, “a ordem é dada diretamente pelo juiz da execução à autoridade administrativa”<sup>43</sup> –, mas a concessão de tratamento diferenciado à Fazenda Pública devedora. E o problema, por sua vez, reside no excesso:<sup>44</sup> 45 “favoritismo, abusos e inadimplência crônica”.<sup>46</sup>

<sup>41</sup> “Art. 100. [...] §3º O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado” (BRASIL. (Constituição 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*).

<sup>42</sup> Incluído, inicialmente, pela emenda nº 20, de 1998 (BRASIL. (Constituição 1988). *Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998*. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Brasília, DF: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm). Acesso em: 13 mar. 2021) e, posteriormente, pelas emendas nº 30, de 2000 (BRASIL. (Constituição 1988). *Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000*. Altera a redação do art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 78 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referente ao pagamento de precatórios judiciais. Brasília, DF: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc30.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc30.htm). Acesso em: 13 mar. 2021) e nº 62, de 2009 (BRASIL. (Constituição 1988). *Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009*. Altera o art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Brasília, DF: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc62.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc62.htm). Acesso em: 13 mar. 2021).

<sup>43</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 524 *apud* SANTOS, Leonardo David Braga dos. *Dívidas da Fazenda Pública: análise histórica dos precatórios abordando seus avanços e retrocessos*, cit., p. 23.

<sup>44</sup> “Não há dúvida de que a desigualdade real entre a Fazenda Pública e os indivíduos justifica um tratamento diferente. O problema todo reside em encontrar os limites segundo os quais a Fazenda Pública pode ser tratada de forma distinta. Não apenas o fato de os bens da Fazenda Pública serem impenhoráveis justifica o tratamento diferenciado, não apenas a separação estrutural de Poderes, à própria existência e funcionamento do Estado, justifica-se tratamento diferente, mas também o próprio modo de ser da Fazenda em Relação aos indivíduos o justifica.” Nesse sentido, ver: YARSELL, Flávio Luiz. A execução e a efetividade do processo em relação à fazenda pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. *Direito processual público: a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 214 *apud* MAIA, Alberto Jonathas. *Fazenda Pública, arbitragem e execução*. In: *Revista de Processo*, vol. 307/2020, set./2020, nota de rodapé n. 17.

<sup>45</sup> Há países como Estados Unidos e Portugal que adotam sistemas de pagamento de débitos devidos pela Fazenda Pública muito semelhantes ao do Brasil, mas não apresentam os mesmos problemas relacionados à inadimplência. Há, contudo, países como a Argentina, em que não apenas observa-se semelhança no sistema adotado, mas também no “desrespeito e descaso pelo Direito”. Nesse sentido, ver: FAIM FILHO, Eurípedes Gomes. *Precatórios no Direito Comparado*. Um estudo comparado: Argentina, Brasil, Estados Unidos e Portugal. Série: Precatórios e Requisições de Pequeno Valor, volume 1, 2. edição eletrônica e impressa, revisada, corrigida, atualizada e ampliada. São Paulo: KDP, 2017.

<sup>46</sup> FAIM FILHO, Eurípedes Gomes. *Evolução histórica dos precatórios no Brasil até a Constituição de 1988*. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/DireitoPublico/36458?pagina=1>. Acesso em: 13 mar. 2021.

Nesse sentido, destaca-se o parcelamento unilateral concedido à Fazenda Pública em mora no pagamento de seus precatórios judiciais, cuja (in)constitucionalidade foi tema de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, firmou-se o entendimento de que o parcelamento seria constitucional única e exclusivamente porque estabelecido pelo poder constituinte originário.<sup>47 48</sup> Mais tarde, firmou-se o entendimento de que os parcelamentos estabelecidos pelo poder constituinte derivado reformador<sup>49 50</sup> seriam inconstitucionais, por afrontarem o princípio da separação dos poderes e os direitos e garantias individuais:

1. O precatório de que trata o artigo 100 da Constituição consiste em prerrogativa processual do Poder Público. Possibilidade de pagar os seus débitos não à vista, mas num prazo que se estende até dezoito meses. Prerrogativa compensada, no entanto, pelo rigor dispensado aos responsáveis pelo cumprimento das ordens judiciais, cujo desrespeito constitui, primeiro, pressuposto de intervenção federal (inciso VI do art. 34 e inciso V do art. 35, da CF) e, segundo, crime de responsabilidade (inciso VII do art. 85 da CF). 2. O sistema de precatórios é garantia constitucional do cumprimento de decisão judicial contra a Fazenda Pública, que se define em regras de natureza processual

<sup>47</sup> “Art. 33. Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição” (BRASIL. (Constituição 1988). *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 mar. 2021).

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Recurso Extraordinário nº 160.486/SP – São Paulo*. “EMENTA: PRECATÓRIO – PAGAMENTO PARCELADO – ADCT, ART. 33 – NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS INTEGRANTES DO ADCT – RELAÇÕES ENTRE O ADCT E AS DISPOSIÇÕES PERMANENTES DA CONSTITUIÇÃO – ANTINOMIA APARENTE – A QUESTÃO DA COERÊNCIA DO ORDENAMENTO POSITIVO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. [...]”. Recorrente: Município de Santos. Recorrido: Santos e Ferreira Ltda. Relator: Min. Celso de Mello, 11 de outubro de 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213448>. Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>49</sup> “Art. 2º. É acrescido, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o art. 78, com a seguinte redação: ‘Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos’” (BRASIL. (Constituição 1988). *Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000*. [destacou-se]).

<sup>50</sup> “Art. 2º. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte artigo. 97: ‘Art. 97. Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas [...] §1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sujeitos ao regime especial de que trata este artigo optarão, por meio de ato do Poder Executivo: [...] II – pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 (quinze) anos [...]’” (BRASIL. (Constituição 1988). *Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009*. [destacou-se]).

conducentes à efetividade da sentença condenatória transitada em julgado por quantia certa contra entidades de direito público. Além de homenagear o direito de propriedade (inciso XXII do art. 5º da CF), prestígio o acesso à jurisdição e a coisa julgada (incisos XXXV e XXXVI do art. 5º da CF). [...] 4. O art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 30/2000, ao admitir a liquidação ‘em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos’ dos ‘precatórios pendentes na data de promulgação’ da emenda, violou o direito adquirido do beneficiário do precatório, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Atentou ainda contra a independência do Poder Judiciário, cuja autoridade é insuscetível de ser negada, máxime no concernente ao exercício do poder de julgar os litígios que lhe são submetidos e fazer cumpridas as suas decisões, inclusive contra a Fazenda Pública, na forma prevista na Constituição e na lei. Pelo que a alteração constitucional pretendida encontra óbice nos incisos III e IV do § 4º do art. 60 da Constituição, pois afronta ‘a separação dos Poderes’ e ‘os direitos e garantias individuais’.<sup>51 52</sup>

Ignorando-se, contudo, o entendimento firmado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, cujo intuito foi justamente frear os excessos concedidos pelo Legislativo ao Executivo, foram instituídos novos parcelamentos unilaterais, por

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.356/DF – Distrito Federal*. “EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 30, DE 13 DE SETEMBRO DE 2000 [...]”. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requerido: Congresso Nacional. Relator p/ acórdão: Min. Ayres Britto, 25 de novembro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623127>. Acesso em: 23 nov. 2020; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.362/DF – Distrito Federal*. “EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 30, DE 13 DE SETEMBRO DE 2000 [...]”. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Relator p/ acórdão: Min. Ayres Britto, 25 de novembro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623128>. Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>52</sup> Ver também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357/DF – Distrito Federal*. “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. [...] 8. O regime ‘especial’ de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela EC nº 62/09, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, *caput*), o princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), o postulado da isonomia (CF, art. 5º), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), o direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). [...]”. Requerentes: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e outros. Interessados: Mesa da Câmara dos Deputados e Mesa do Senado Federal. Relator p/ acórdão: Min. Luiz Fux, 14 de março de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>. Acesso em: 23 nov. 2020; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425/DF – Distrito Federal*. “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. [...]”. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Interessado: Congresso Nacional. Relator p/ acórdão: Min. Luiz Fux, 14 de março de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>. Acesso em: 13 mar. 2021.



meio da aprovação das emendas constitucionais nº 94, de 2016,<sup>53</sup> e nº 99, de 2017,<sup>54</sup> em manifesta e dupla afronta ao princípio da separação dos poderes.

O regime de precatórios judiciais, tal como estabelecido pelo poder constituinte originário e tal como constantemente renovado pelo poder constituinte derivado reformador, é, portanto, essencialmente moroso. Nasce para conceder “favorecimento extraordinário”<sup>55</sup> à Fazenda Pública,<sup>56</sup> ainda que isso signifique importar em “grave sacrifício para os credores do Poder Público”.<sup>57</sup> Não é à toa que a doutrina fala em verdadeiro “calote”.<sup>58</sup>

<sup>53</sup> “Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 101 a 105: ‘Art. 101. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, em 25 de março de 2015, estiverem em mora com o pagamento de seus precatórios *quitarão até 31 de dezembro de 2020* seus débitos vencidos e os que vencerão dentro desse período [...]’” (BRASIL. (Constituição 1988). *Emenda Constitucional nº 94, de 15 de dezembro de 2016*. Altera o art. 100 da Constituição Federal, para dispor sobre o regime de pagamento de débitos públicos decorrentes de condenações judiciais; e acrescenta dispositivos ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir regime especial de pagamento para os casos em mora. Brasília, DF: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc94.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc94.htm). Acesso em: 13 mar. 2021. [destacou-se]).

<sup>54</sup> “Art. 1º O art. 101 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com as seguintes alterações: ‘Art. 101. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, em 25 de março de 2015, se encontravam em mora no pagamento de seus precatórios *quitarão, até 31 de dezembro de 2024*, seus débitos vencidos e os que vencerão dentro desse período [...]’” (BRASIL. (Constituição 1988). *Emenda Constitucional nº 99, de 14 de dezembro de 2017*. Altera o art. 101 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir novo regime especial de pagamento de precatórios, e os arts. 102, 103 e 105 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc99.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc99.htm). Acesso em: 13 mar. 2021. [destacou-se]).

<sup>55</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *In: Comentários a Constituição Brasileira, de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4, p. 154 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.356/DF – Distrito Federal.

<sup>56</sup> “A grande novidade da Cidadã foi o parcelamento unilateral, excluídos os débitos alimentares e usando-se títulos especiais da dívida pública para pagamento, cuja proposta de emenda foi feita por Guilherme Palmeira, Virgílio Galassi, Paulo Macarini e Arnaldo Faria de Sá. Tal emenda fora incluída, segundo José EGREJA, de forma oblíqua na votação do primeiro turno a pedido de governadores interessados em procrastinar o pagamento com ofensa à coisa julgada, ao direito adquirido e ao princípio da isonomia por ferir a ordem cronológica dos precatórios, contrariando os interesses da economia nacional por dar uma carta branca ao endividamento público por meio de títulos da dívida pública. Farabulini Júnior se levantou também contra a proposta por aumentar o déficit e derogar a parte permanente da Constituição, fazendo o mesmo José Yunes, constituinte que afirmou que esse calote feria a independência dos Poderes e o Estado de Direito sendo um prêmio ao mau pagador. Mas a maioria não era a favor dos portadores de título judicial porque o parcelamento foi aprovado.” Nesse sentido, ver: FAIM FILHO, Eurípedes Gomes. *Evolução histórica dos precatórios no Brasil até a Constituição de 1988*, cit.

<sup>57</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *In: Comentários a Constituição Brasileira, de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4, p. 154 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.356/DF* – Distrito Federal.

<sup>58</sup> Ver, dentre outros: MARTINS, Ives Gandra. *In: Comentários a Constituição Brasileira, de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1998, v. 9, p. 305-306 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.356/DF* – Distrito Federal; SCAFF, Fernando Facury; ANDRADE, Cesar de Augusto Seijas. A dívida pública com precatórios após 10 anos da LRF. *In: SCAFF, Fernando Facury; CONTI, José Maurício (Coord.). Lei de Responsabilidade Fiscal – 10 anos de vigência/Questões atuais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 60. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4306717/mod\\_resource/content/0/SCAFF%3B%20ANDRADE.%20Divida%20publica%20com%20precatórios%20apos%2010%20anos%20da%20LRF.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4306717/mod_resource/content/0/SCAFF%3B%20ANDRADE.%20Divida%20publica%20com%20precatórios%20apos%2010%20anos%20da%20LRF.pdf). Acesso em: 23 nov. 2020; e MATTOS, César; MAFFIA, Débora Veloso. Aspectos jurídico/econômicos das parcerias público-privadas (PPPs).

Assim, mais do que incompatíveis por serem um inerentemente célere e o outro essencialmente moroso, o procedimento arbitral e o regime de precatórios judiciais são incompatíveis no que tange ao tratamento das partes: de um lado, a igualdade como princípio basilar;<sup>59</sup> de outro, o favoritismo na essência.

Coerente, portanto, que o regime de precatórios judiciais seja *afastado* das controvérsias que envolvam a Administração Pública submetidas à via arbitral (o que, como se verá adiante, não encontra qualquer óbice na Carta Maior), tal como se afasta prerrogativas concedidas no âmbito do processo judicial como a dos prazos diferenciados e a do reexame necessário<sup>60</sup> (*vide* artigos 183, *caput*,<sup>61</sup> e 496, I,<sup>62</sup> do Código de Processo Civil).

Por certo, a demora no adimplemento acomete a todos os credores da Fazenda Pública e não apenas aqueles que celebraram compromisso arbitral com a Administração Pública, de modo que, idealmente, a celeridade procedimental e o tratamento igualitário entre as partes deveriam ser estendidos até o fim do deslinde de toda controvérsia, seja pela via judicial, seja pela via arbitral.

O presente artigo, entretanto, não almeja solucionar a morosidade do regime de precatórios judiciais, que, como se viu, consiste em um “mecanismo de ‘*anti-commitment*’ em que o devedor estatal possui um procedimento previsto na Constituição Federal para dar calotes por período indefinido”.<sup>63</sup> Trata-se de tema extremamente complexo.<sup>64</sup> Tampouco adentra na morosidade dos processos judiciais envolvendo a Fazenda Pública que, como se falou, “demoram dez, quinze,

Brasília, *Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados*, 2015, p. 13. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema1>. Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>59</sup> Muito embora o princípio da igualdade entre as partes encontre equivalência no princípio do contraditório, entende-se deva ser interpretado para além do procedimento arbitral, até a satisfação do crédito reconhecido na sentença arbitral, quando se entende acontecer o verdadeiro deslinde da controvérsia. A respeito da equivalência mencionada, ver, dentre outros: LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem*. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado, cit.

<sup>60</sup> Ver, dentre outros: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios*, cit., p. 73-74.

<sup>61</sup> “Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal” (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*).

<sup>62</sup> “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público” (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*).

<sup>63</sup> MATTOS, César; MAFFIA, Débora Veloso. *Aspectos jurídico/econômicos das parcerias público-privadas (PPPs)*, cit.

<sup>64</sup> A dívida consolidada de precatórios judiciais posteriores a 05.05.00 (inclusive) vencidos e não pagos é de mais de R\$104 bilhões e concentra-se nos Estados, Municípios e Distrito Federal, segundo os dados extraídos do SICONFI em 27.07.20 e divulgados pelo Tesouro Nacional Transparente (TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE. Visão Integrada das Dívidas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. *Tesouro Nacional Transparente*. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/historias/visao-integrada-das-dividas-da-uniao-dos-estados-do-distrito-federal-e-dos-municipios>. Acesso em: 13 mar. 2021).



quicá vinte anos para terminar”,<sup>65</sup> em total desrespeito ao que prevê o artigo 4º do Código de Processo Civil.<sup>66</sup>

Propõe-se, apenas, sejam viabilizadas alternativas que se coadunem “com a celeridade e a objetividade do procedimento arbitral”,<sup>67</sup> para que se possa fomentar ainda mais o uso da arbitragem como meio de resolução de conflitos extrajudicial nas controvérsias que envolvam a Administração Pública – o que é fundamental à atração de investimentos privados no Brasil.

### 3 Alternativas existentes à regra geral

Nesta seção serão analisadas duas alternativas ao regime de precatórios judiciais. Ambas permitem a satisfação do crédito do particular de forma mais célere: (3.1) o pagamento pela via administrativa, hipótese em que nem mesmo se dá início ao cumprimento de sentença em juízo; e (3.2) o pagamento garantido por fundo privado de patrimônio próprio estabelecido por lei, hipótese em que, dado início ao cumprimento de sentença, prossegue-se para o rito da execução privada, na forma dos artigos 824 e seguintes do Código de Processo Civil,<sup>68</sup> que regulam a execução por quantia certa.

Antes de analisar individualmente cada uma dessas alternativas, cabe, desde logo, pontuar que nenhuma delas implica em prejuízo aos credores de precatórios judiciais, tendo em vista que os recursos utilizados para tais pagamentos não saem da dotação orçamentária destinada ao pagamento dos precatórios judiciais. Há, por certo, tratamento diferenciado, que, como se viu, se justifica pelo interesse público, já que “a incerteza relativa aos recebíveis é fixada no preço ofertado pelas empresas nas licitações”.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> SCHMIDT, Gustavo da Rocha; BALASSIANO, Tamara Grillo. Arbitragem sem precatório: em busca de um novo paradigma para o pagamento de valores devidos pela Fazenda Pública. *JOTA*, 23 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-sem-precatorio-23062020>. Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>66</sup> BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*.

<sup>67</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 44/2015, p. 150-171, jan.-mar./2015, p. 161.

<sup>68</sup> Parte Especial, Livro III, Título II, Capítulo IV, “Da Execução por Quantia Certa” (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*).

<sup>69</sup> BANCO MUNDIAL. *Doing Business in 2005: Removing Obstacles to Growth*. Washington, D.C.: Banco Mundial, 2005, p. 68 (tradução livre) apud DIETERICH, Frederico Bopp. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas. *Banco Interamericano de Desenvolvimento*. 2017, p. 8. Disponível em: <https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Mitiga%C3%A7%C3%A3o-de-risco-para-projetos-de-parcerias-p%C3%BAblico-privadas-no-Brasil-A-estrutura%C3%A7%C3%A3o-de-garantias-p%C3%BAblicas.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

### 3.1 Pagamento pela via administrativa

No que tange ao pagamento pela via administrativa, cumpre apontar que a “sentença arbitral é título judicial, mas não é sentença judiciária, tal e qual apregoada pelo art. 100 da Carta Maior. É, na verdade, o ato final de um procedimento instituído por via contratual, para a resolução de conflitos”.<sup>70</sup> Assim, não há que se falar em óbice ao afastamento do regime de precatórios judiciais estabelecido na Constituição Federal – que dispõe sobre os “pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária”<sup>71</sup> – se não há sentença judiciária.

E não há porque o pagamento pela via administrativa consiste, justamente, no cumprimento espontâneo do comando arbitral por parte da Fazenda Pública, de modo a dispensar o cumprimento da sentença em juízo.

Ocorre, contudo, que a alternativa depende de previsão na lei orçamentária anual<sup>72</sup> <sup>73</sup> e da “boa vontade administrativa”,<sup>74</sup> que, por sua vez, depende “da demonstração cabal e objetiva da existência de interesse público e, especialmente, de vantagem para o erário, tanto financeira quanto, numa perspectiva mais ampla, econômica, no tocante à realização de políticas públicas”.<sup>75</sup>

O que se conclui é que o pagamento pela via administrativa não deve ser considerado como alternativa ao regime de precatórios judiciais para os fins propostos neste artigo, visto que foge ao controle do particular. Isso porque, ainda que o particular e o ente administrativo devedor firmem acordo para pagamento, no caso de não cumprimento do acordo, o particular terá que recorrer ao Judiciário, que proferirá sentença judiciária para reconhecer seu crédito e, por conseguinte, a submeterá ao regime de precatórios judiciais.

Em outras palavras, simplesmente não se pode contar com o pagamento pela via administrativa. Nesse sentido, deve-se pensar em alternativas que possam não apenas ser previamente pactuadas como também garantir segurança jurídica ao particular.

<sup>70</sup> SCHMIDT, Gustavo da Rocha, 2018. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação*, p. 84, cit.

<sup>71</sup> BRASIL. (Constituição 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, art. 100, caput.

<sup>72</sup> “Em princípio, o pagamento imediato da importância acordada, com recursos provenientes de dotação orçamentária específica para atendimento da obrigação que estiver sendo liquidada (por exemplo, realização de obra pública, fornecimento de bens ou pagamento de indenização expropriatória) não prejudica os beneficiários de precatórios, pois a dotação orçamentária destinada ao pagamento de precatórios não será afetada.” Nesse sentido, ver, dentre outros: DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, jan./mar. 2005, p. 191.

<sup>73</sup> “Art. 167. São vedados: [...] II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais” (BRASIL. (Constituição 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*).

<sup>74</sup> ACCIOLY, João Pedro. *O cumprimento de sentenças arbitrais desfavoráveis à Administração Pública*, cit.

<sup>75</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea*, cit., p. 192.

### 3.2 Pagamento garantido por fundo privado de patrimônio próprio estabelecido por lei

A alternativa do pagamento garantido por fundo privado de patrimônio próprio estabelecido por lei surge no contexto das parcerias público-privadas, que encontram regulação na Lei nº 11.079/04.<sup>76</sup> Mas não se limita a esse tipo de contratação, já que o regulamento do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, que será elucidado adiante, prevê também a cobertura dos contratos de concessão.

Retomando ao surgimento da alternativa analisada nesta subseção, de forma bastante simplificada, pode-se dizer que tal modelo de contratação implica em diversos riscos ao parceiro privado;<sup>77</sup> tais riscos, por sua vez, elevam o preço do contrato; a fim de reduzir os riscos e, conseqüentemente, o preço,<sup>78</sup> o modelo prevê uma série de garantias a serem oferecidas pela Administração Pública em favor do parceiro privado (*vide* artigo 8º da Lei nº 11.079/04<sup>79</sup>) – sendo o fundo garantidor uma delas –, que podem ser acionadas para o pagamento de créditos reconhecidos em sentença arbitral, desde que assim previsto no contrato.

Sem aprofundar no tema dos riscos inerentes aos contratos de parceria público-privada, cabe pontuar que no Brasil, assim como nos demais países ditos de “mercados emergentes de PPPs”,<sup>80</sup> “as garantias públicas servem para construir confiança no modelo de negócio e provar o comprometimento do poder público”.<sup>81</sup> Ao passo que nos países ditos de “mercados maduros”,<sup>82</sup> “o uso de garantias é, essencialmente, para enfrentar preocupações dos financiadores e incentivar a banca privada a financiar os projetos e, em menor grau, coibir ou mitigar o risco de crédito do poder concedente”.<sup>83</sup>

Assim, se a falta de confiança no comprometimento do poder público impõe a prestação de garantia, soa estranho que o ente prestador de tal garantia possa

<sup>76</sup> BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.*

<sup>77</sup> Ver, dentre outros: BIANCHI, Bruno Guimarães. *O risco nas parcerias público-privadas.* Orientador: Egon Bockmann Moreira. 2016. Monografia de Graduação – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufrpr.br/bitstream/handle/1884/46366/112.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>78</sup> “Se todo o risco é precificado (LUHMAN, Niklas. *Risk: a sociological theory.* New Jersey: Transaction Publishers, 2008, p. 175), a diminuição dos riscos de um projeto deve levar a diminuição do seu preço.” Nesse sentido, ver: ACCIOLY, João Pedro. *O cumprimento de sentenças arbitrais desfavoráveis à Administração Pública*, nota de rodapé n. 32.

<sup>79</sup> BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.*

<sup>80</sup> DIETERICH, Frederico Bopp. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas, cit., p. xvi.

<sup>81</sup> DIETERICH, Frederico Bopp. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas, cit., p. xvii.

<sup>82</sup> DIETERICH, Frederico Bopp. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas, cit., p. xvi.

<sup>83</sup> DIETERICH, Frederico Bopp. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas, cit., p. xvi.

ser pessoa jurídica de direito público, pois, o sendo, eventual dívida cobrada em juízo – ou eventual execução em juízo de sentença arbitral condenatória em face da Administração Pública – será submetida ao regime de precatórios judiciais, que, como se viu, também não passa qualquer confiança.

De fato, a melhor saída não se dá pelo rito constitucional de pagamento de débitos devidos pela Fazenda Pública. Ainda assim, uma garantia prestada por ente público não é de todo descartável, pois o resultado prático de se executar o ente público prestador de garantia pública não necessariamente será o mesmo resultado prático de se executar o ente da Administração Pública contratante.

Isso porque, a garantia prestada pela União mitiga em muito o risco relacionado ao inadimplemento do parceiro público estadual, municipal ou distrital contratante,<sup>84</sup> vez que os Estados, os Municípios e o Distrito Federal concentram mais de R\$104 bilhões em dívida de precatórios judiciais vencidos e não pagos.<sup>85</sup> Do ponto de vista da União, contudo, é difícil imaginar incentivos que a coloquem na posição de ver “acentuada sua exposição ao endividamento que Estados e Distrito Federal possam vir a ter com o governo central”.<sup>86</sup>

No que tange, finalmente, às garantias que têm o condão de afastar o regime de precatórios judiciais, destacam-se as garantias elencadas no inciso V do artigo 8º da Lei nº 11.079/04,<sup>87</sup> <sup>88</sup> isto é, as garantias prestadas por fundo garantidor – foco desta subseção – ou por empresa estatal criada para essa finalidade, pessoas jurídicas de natureza privada detentoras de patrimônio próprio. Nesse sentido, Carlos Ari Sunfeld leciona:

<sup>84</sup> Ver, dentre outros: BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas e a vinculação de receitas dos fundos de participação como garantia das obrigações do Poder Público. In: BINENBOJM, Gustavo. *Estudos de direito público* – Artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 445-465.

<sup>85</sup> Dados referentes à dívida de precatórios posteriores a 05.05.00 (inclusive) extraídos do SICONFI em 27.07.20 (TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE. Visão Integrada das Dívidas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cit.).

<sup>86</sup> DIETERICH, Frederico Bopp. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas, cit., p. 63.

<sup>87</sup> “Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal; II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V – *garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade*; VI – outros mecanismos admitidos em lei” (BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. [destacou-se])

<sup>88</sup> Optou-se por não abordar a contratação de seguro-garantia junto à seguradora privada (*vide* inciso III do supracitado artigo 8º) como alternativa ao regime de precatórios judiciais, porquanto, na prática “a utilização do seguro como forma de garantia nas PPPs dependerá de qual será a Administração contratante. Se tratar-se de ente conhecidamente desrespeitoso com suas obrigações, o valor do prêmio a ser pago ao segurador inviabilizará sua utilização”. Nesse sentido: MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. *As garantias dadas ao particular nas parcerias público-privadas*. Orientadora: Odete Medauar. 2009. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.74. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-20062013-133627/publico/Dissertacao\\_mestrado\\_USP\\_Versao\\_Completa\\_Luiz\\_Felipe.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-20062013-133627/publico/Dissertacao_mestrado_USP_Versao_Completa_Luiz_Felipe.pdf). Acesso em: 13 mar. 2021.

O oferecimento de garantia pelo FGP – que, não sendo por ele honrada, levará a uma execução nos moldes privados – em nada se choca com o disposto no art. 100 da Constituição Federal, que submete ao regime de precatório a execução de débitos das pessoas de direito público.<sup>89)</sup> A execução contra o FGP será privada, porque privada é a sua personalidade – e, portanto, privados são seus bens. São lícitas a desafetação e a transferência de bens do domínio público para o privado (isto é, para o patrimônio do FGP) justamente para permitir a utilização como lastro real de garantias oferecidas, em regime privado, pelo FGP aos concessionários. Aliás, tais desafetações e transferência são justamente o que ocorre em toda a criação de empresa estatal, que fica, como se sabe, sujeita ao regime privado, inclusive quanto à execução de suas dívidas.<sup>90)</sup>

A propósito, há de se destacar que o fundo garantidor não se confunde com o fundo especial. Enquanto aquele é pessoa jurídica de direito privado e tem patrimônio próprio, este não possui personalidade jurídica e nem patrimônio próprio, vincula-se a um órgão da Administração Pública direta ou indireta e não tem, portanto, o condão de afastar o regime de precatórios judiciais.<sup>91)</sup> Nesse sentido, é necessário ter cuidado com a nomenclatura que alguns Estados têm dado a fundos ofertados em garantia, que, muito embora levem o nome de garantidor, são, na realidade, fundos especiais, “puramente contábeis”.<sup>92)</sup>

Em igual sentido, não se deve confundir a constituição do fundo com a prestação da garantia, pois de nada adianta ser pessoa jurídica de direito privado sem

<sup>89)</sup> “Aqui não se vislumbra qualquer vício. Uma porque seria legítimo ao Poder Público desafetar determinado bem imóvel de seu patrimônio e dá-lo em garantia de um contrato. A desafetação do bem importa a possibilidade de disposição do bem, o que se pode fazer mediante as formas contratuais admitidas em direito. A constituição de uma hipoteca, por exemplo, seria uma forma válida de garantir um contrato que o Público fosse parte. Duas, porque a fórmula da constituição de uma entidade de direito privado para funcionar como fundo garantidor é absolutamente legítima e respaldada pelo ar. 173, §1º, inciso II, da Carta da República. Nada impede, de fato, que o Poder Público constitua uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista (ou uma subsidiária dessas entidades) cujo objeto social seja o de garantir determinados projetos, concebidos no formato de PPP. Trata-se de um aspecto da atividade de fomento, que pode ser desempenhada por pessoas estatais de direito privado.” Nesse sentido, ver, dentre outros: BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição*. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XVII – Parcerias Público-Privadas, coord. Flávio Amaral Garcia, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 91-106 *apud* WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Acordos Administrativos, decisões arbitrais e pagamentos de condenações pecuniárias por precatórios judiciais*. In: *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*. Rio de Janeiro, v. 64, 2009, p. 136.

<sup>90)</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia jurídico das parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.15-44 *apud* WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Acordos Administrativos, decisões arbitrais e pagamentos de condenações pecuniárias por precatórios judiciais*, cit., p. 135-136.

<sup>91)</sup> Ver, dentre outros: DIETERICH, Frederico Bopp. *Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas*, cit., p. 36; e MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. *As garantias dadas ao particular nas parcerias público-privadas*, cit. p. 69-70.

<sup>92)</sup> É o caso, a título de exemplo, dos Estados do Tocantins e do Piauí, que instituíram, respectivamente, o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas do Estado do Tocantins – Fage – Tocantins, e o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP-PI (DIETERICH, Frederico Bopp. *Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas*, cit., p. 1).

patrimônio próprio. Há diversos fundos estaduais e municipais que, apesar de terem sido previstos para servir de garantia em parcerias público-privadas, ainda não se encontram operacionalizados, uma vez que a legislação local deixou de prever “o detalhamento dos mecanismos efetivos que serão utilizados para assegurar os pagamentos devidos pelo poder concedente”.<sup>93 94</sup>

Ainda no que tange à segurança jurídica das garantias e as legislações locais, deve-se desconfiar dos fundos garantidores instituídos por leis que condicionam o acionamento do fundo e a consequente retirada de valores à concordância de seu gestor, integrante do poder concedente ou a ele vinculado, e que permitem a movimentação dos recursos do fundo pelo poder público independente da prévia autorização dos parceiros privados contratados, em favor de quem se presta a garantia.<sup>95</sup>

Também se deve ter cuidado especial com a cobertura da garantia, que não deve se limitar às contraprestações inadimplidas.<sup>96</sup> Multas por inadimplemento, indenizações e outros valores necessários ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato,<sup>97</sup> bem como as custas e despesas relacionadas ao próprio procedimento arbitral, devem ser contempladas na cobertura e devem estar expressamente previstas no contrato.

Esses são alguns dos desafios pendentes de enfrentamento para que a adoção dos fundos garantidores de natureza privada e patrimônio próprio, estabelecidos por lei, se torne mais concreta.<sup>98</sup> Cabe, por fim, mas certamente não menos importante, citar mais um: a escassez de ativos públicos e a baixa liquidez dos poucos existentes.

<sup>93</sup> DIETERICH, Frederico Bopp. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas, cit., p. 45.

<sup>94</sup> Ver também: DIETERICH, Frederico Bopp. *PPP: mecanismos de garantias estaduais: relatório completo*. Rio de Janeiro: ABDE Editorial, 2015. Disponível em: <https://abde.org.br/wp-content/uploads/2018/06/PPP-Mecanismos-de-Garantias-Estaduais-1.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>95</sup> DIETERICH, Frederico Bopp. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas, cit., p. 45.

<sup>96</sup> DIETERICH, Frederico Bopp. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas, cit., p. 44.

<sup>97</sup> “Como apontado por Mauricio Portugal Ribeiro, existem duas formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões: (i) o pagamento à vista de indenização à parte afetada por evento que é risco da outra parte; e (ii) a diluição do pagamento da compensação financeira no fluxo de caixa da concessionária – o que pode envolver, inclusive, a prorrogação do prazo de vigência contratual. Essas são as matérias que integram a arbitrabilidade objetiva no que se refere à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. São matérias patrimoniais disponíveis, porquanto não influenciam, diretamente, na forma de execução do serviço público delegado, nem subvertem as prerrogativas contratuais do Poder Concedente.” Nesse sentido, ver, dentre outros: FREITAS, Rafael Vêras de. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, jan./mar. 2016, p. 213. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/04/Novos-desafios-da-arbitrabilidade.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>98</sup> Esse artigo não exaure a totalidade de desafios pendentes de enfrentamento. Nesse sentido, ver: DIETERICH, Frederico Bopp. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas, cit., p. 44-47.

A questão (escassez dos ativos disponíveis) é especialmente grave nos Estados, Municípios e Distrito Federal, que, como se viu, concentram exorbitante dívida de precatórios judiciais vencidos e não pagos. O ideal, nesse sentido, seria a constituição de um sistema nacional de garantias, vez que a União não se encontra na mesma condição de endividamento.<sup>99</sup>

Quanto ao tema, interessa mencionar que há um forte anseio do mercado de parcerias público-privadas em ver apoio federal aos contratos firmados por parceiros públicos estaduais, municipais e distritais.<sup>100</sup> Nada obstante, não se viu até o presente momento avanços expressivos nessa linha – quando muito no Legislativo, que acabam por criar expectativas, apenas.

É o caso do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, estabelecido pelo artigo 16 da Lei nº 11.079/04.<sup>101</sup> Em 2012, tal dispositivo foi alterado pela Lei nº 12.766/12,<sup>102</sup> para permitir que o FGP cobrisse, além das obrigações dos parceiros públicos federais, as dos parceiros estaduais, municipais e distritais. As expectativas restaram, contudo, frustradas, eis que não há registros de qualquer prestação de garantia por parte do FGP, nem mesmo em parcerias firmadas com ente federal.<sup>103</sup>

É também o caso da Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. – ABGF, criada em 2013 para, dentre outros, gerir e administrar o Fundo Garantidor de Projetos de Infraestrutura de Grande Vulto – FGIE.<sup>104</sup> Em 2012, quando divulgados os motivos por trás da Medida Provisória nº 564/12,

<sup>99</sup> Ver: DIETERICH, Frederico Bopp. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas, cit., p. 59-69.

<sup>100</sup> Ver: DIETERICH, Frederico Bopp. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas, cit., p. 59-69; e RIBEIRO, Maurício Portugal. *Novo fundo garantidor de PPPs federais pode também ser utilizado por Estados e Distrito Federal: agora vai?* Portugal Ribeiro Advogados. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/novo-fundo-garantidor-de-ppps-federais-pode-tambem-ser-utilizado-por-estados-e-distrito-federal-agora-vai/>. Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>101</sup> “Art. 16. Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei” (BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*).

<sup>102</sup> BRASIL. *Lei nº 12.766, de 27 de dezembro de 2012*. Altera as Leis nºs 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, para dispor sobre o aporte de recursos em favor do parceiro privado [...]. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12766.htm#art](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12766.htm#art). Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>103</sup> DIETERICH, Frederico Bopp. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas, cit., p. 61; e RIBEIRO, Maurício Portugal. *Novo fundo garantidor de PPPs federais pode também ser utilizado por Estados e Distrito Federal: agora vai?* Cit.

<sup>104</sup> BRASIL. *Decreto nº 7.976, de 1º de abril de 2013*. Cria a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. – ABGF, especifica o seu capital social inicial e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/D7976.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D7976.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.



convertida na Lei nº 12.712/12,<sup>105</sup> que autorizou a criação da ABGF, já especulava-se acerca do FGIE.<sup>106</sup> Foi apenas em 2018, no entanto, que se elaborou o regulamento de operações para outorga de garantia direta pelo FGIE,<sup>107</sup> conforme autorizado pela Lei nº 13.529/17.<sup>108</sup>

Não é, todavia, de se esperar diferente, tendo em vista que, como elucidado acima, é difícil imaginar incentivos que coloquem a União na posição de ver seus riscos de responsabilidade fiscal aumentarem significativamente, principalmente quando se leva em consideração que a própria União não é adepta das parcerias público-privadas, tendo priorizado as concessões comuns, por oferecerem fluxo fiscal positivo e gerarem direitos de outorga pagáveis.<sup>109</sup>

Assim, muito embora haja quem acredite que se esteja caminhando para um sistema nacional de garantias,<sup>110</sup> em que a estruturação da ABGF e do FGIE “é importante para a fase de *pre-completion* no que diz respeito à disponibilização de garantias de riscos não gerenciáveis pela(s) Sociedade(s) de Propósito Específico (SPEs) e à liquidez de credores”,<sup>111</sup> é certo que será necessário enfrentar questões como a situação fiscal-orçamentária dos entes federativos, o endividamento

<sup>105</sup> BRASIL. *Lei nº 12.712, de 30 de agosto de 2012*. [...] autoriza o Poder Executivo a criar a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. – ABGF; [...] autoriza a União a participar de fundos dedicados a garantir operações de comércio exterior ou projetos de infraestrutura de grande vulto [...]. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/L12712.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12712.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>106</sup> Ver: RIBEIRO, Maurício Portugal. *Novo fundo garantidor de PPPs federais pode também ser utilizado por Estados e Distrito Federal: agora vai?* Cit.

<sup>107</sup> BRASIL. *Regulamento de operações para outorga de garantia direta pelo Fundo Garantidor de Infraestrutura – FGIE*. Cobertura de risco de descumprimento de obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público em contratos de parcerias público-privadas – PPP. Brasília, DF: Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. – ABGF, 06 de abril de 2018. Disponível em: [https://www.abgf.gov.br/wp-content/uploads/2018/04/FGIE\\_Regulamento-de-Operacoes-de-PPP.pdf](https://www.abgf.gov.br/wp-content/uploads/2018/04/FGIE_Regulamento-de-Operacoes-de-PPP.pdf). Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>108</sup> BRASIL. *Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017*. Dispõe sobre a participação da União em fundo de apoio à estruturação e ao desenvolvimento de projetos de concessões e parcerias público-privadas; altera a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada na administração pública, a Lei nº 11.578, de 26 de novembro de 2007, que dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), e a Lei nº 12.712, de 30 de agosto de 2012, que autoriza o Poder Executivo a criar a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. (ABGF). Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13529.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>109</sup> DIETERICH, Frederico Bopp. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas, cit., p. 61; e RIBEIRO, Maurício Portugal. *Novo fundo garantidor de PPPs federais pode também ser utilizado por Estados e Distrito Federal: agora vai?* Cit.

<sup>110</sup> Um indicio positivo é a recente emissão de garantia de R\$6.179.615,40 para a PPP de Salto, São Paulo. Outro indicativo é a garantia de R\$105.400.000,00 para a PPP para gestão da rede de comunicação integrada do Comando da Aeronáutica (Comaer), que se encontra em fase adiantada de conclusão. Nesse sentido, ver: BRASIL. Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. – ABGF – RELATÓRIO DA ADMINISTRAÇÃO DE 2019. *Diário Oficial da União*, seção 3, Brasília, DF, nº 39, 27 de fevereiro de 2020, p. 19. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=27/02/2020&jornal=530&pagina=28&totalArquivos=151>. Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>111</sup> BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social). 2014. *Perspectivas do investimento 2015–2018 e panoramas setoriais*. Rio de Janeiro: BNDES *apud* DIETERICH, Frederico Bopp. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas, cit., p. 61.



dos Estados e do Distrito Federal com a União, a resistência da União em aumentar seus riscos de responsabilidade fiscal<sup>112</sup> e as limitações a endividamento e concessão de garantias, impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal,<sup>113 114</sup> e que, portanto, outras alternativas devem ser consideradas.

#### 4 Alternativa complementar sugerida: compensação de créditos contratuais recíprocos entre o particular e a Administração Pública, por decisão do tribunal arbitral, na forma do artigo 368 do Código Civil

Nesta seção, sugere-se, como alternativa complementar ao regime de precatórios judiciais, a compensação de crédito reconhecido em favor do particular com eventual crédito contratual da Administração Pública em face do particular, na forma do artigo 368 do Código Civil, *in verbis*: “se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”.<sup>115</sup>

Diz-se complementar, porquanto nem sempre a Administração Pública será titular de crédito e, quando o for, nem sempre a compensação dos créditos recíprocos será capaz de quitar a integralidade do valor devido pela Administração Pública ao particular. De todo modo, imprescindível que a compensação seja sempre possibilitada, para que, nos casos em que existentes créditos recíprocos, parta-se direto à satisfação do saldo devedor, que, neste artigo, presume-se será reconhecido pelo tribunal arbitral e não em juízo.

Considerando-se a proposta de uma cláusula compromissória modelo a ser inserida nos contratos administrativos,<sup>116</sup> a ideia é que seja nela incluída previsão conferindo poderes ao tribunal arbitral para tanto. Sugere-se possam ser compensados todos os créditos que decorram do contrato, desde contraprestações e multas a indenizações e valores reconhecidos como devidos em reequilíbrio

<sup>112</sup> Apesar de a lei autorizar a União a participar do FGIE, como cotista, no limite total de R\$11 bilhões (*vide* art. 32 da Lei nº 12.712/12), em 31 de dezembro de 2019, segundo os dados divulgados no Relatório da Administração de 2019 da ABGF, o patrimônio líquido do FGIE era da ordem de apenas R\$698 milhões. Nesse sentido, ver: BRASIL. Lei nº 12.712, de 30 de agosto de 2012; e BRASIL. Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. – ABGF. *Relatório da Administração de 2019*.

<sup>113</sup> BRASIL. *Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>114</sup> DIETERICH, Frederico Bopp. Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas, cit., p. 68-69.

<sup>115</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*.

<sup>116</sup> Ver: SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação, cit., p. 118; e YAMAMOTO, Ricardo. Arbitragem e administração pública: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos, cit., p. 155-162.

econômico-financeiro do contrato, bem como custas e despesas com o procedimento arbitral. Inclusive os créditos vincendos.<sup>117</sup>

Tudo a garantir seja reduzido ao menor valor possível o montante a ser executado em juízo pelo particular – idealmente, sob o rito da execução privada – ou a ser desembolsado pela Fazenda Pública, no caso de transacionado acordo para pagamento pela via administrativa. Nesse sentido, Judith Martins-Costa leciona acerca das razões de ser do instituto da compensação:

Essa forma extintória decorre de dois diversos fundamentos, que convergem: de um lado, o que Miguel Reale denomina de diretriz da operabilidade,<sup>[118]</sup> tradutora da vocação do Direito para resolver utilmente problemas práticos. Por isto é que o dado que inspira a compensação é, do ponto de vista da operabilidade das formas jurídicas, ‘o de ser inútil receber e pagar em ato contínuo, ou simultâneo’,<sup>[119]</sup> apresentando-se como *exigência da razoabilidade*. [...] Paralelamente, a fórmula da compensação exprime uma opção valorativa, que Reale denomina de diretriz da eticidade.<sup>[120]</sup> A equidade é uma das manifestações da eticidade, já tendo sido assim assinalado no *ius commune* por Cino de Pistóia,<sup>[121]</sup> e como ainda hoje admitem os autores: ‘afigura-se equitativo não obrigar a cumprir quem seja ao mesmo tempo credor do seu credor, pois de outro modo correria o risco de não ver o respectivo crédito inteiramente satisfeito, caso se desse, entretanto, a insolvência da contraparte’.<sup>122 123</sup> (destacou-se)

<sup>117</sup> “5.2. Compensação convencional. Também chamada de ‘compensação voluntária’, situa-se no âmbito de exercício da autonomia privada. Decorre de acordo sobre os dois pagamentos, constituindo contrato cujos elementos são: a) o poder de disposição dos créditos, de ambos os contraentes, e b) o acordo sobre a extinção recíproca. Distingue-se da compensação legal porque não são exigidos os pressupostos dos arts. 369 e 370, quais sejam, que as dívidas sejam homogêneas, líquidas e vencidas. As partes, de comum acordo, podem dispensar um ou alguns daqueles pressupostos, mas, evidentemente, é necessária a reciprocidade das duas dívidas, que é elemento categorial da *fattispecie* compensativa. No contrato pode ser estabelecida a compensação independentemente do vencimento, ou mesmo de dívidas ineficazes.” Nesse sentido, ver, dentre outros: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*. Volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 641.

<sup>118</sup> REALE, Miguel. *O projeto do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 9 *apud* MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*. Volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações, cit., p. 626.

<sup>119</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, tomo XXIX, §2.968, p. 305 *apud* MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*. Volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações, cit., p. 626.

<sup>120</sup> REALE, Miguel. *O projeto do Novo Código Civil*, p. 8 *apud* MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*. Volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações, cit., p. 627

<sup>121</sup> PISTOIA, Cino de. *Lectura super codicem*, L, 14, C., 4, 31, nº 18, transcrito por PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado apud* MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*. Volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações, cit., p. 627.

<sup>122</sup> COSTA, Mário Júlio Almeida. *Direito das Obrigações*. 9. ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2001, nº 100, p. 1025 *apud* MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*. Volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações, cit., p. 627.

<sup>123</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*. Volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações, cit., p. 626-627.

Importante mencionar que a vedação do artigo 54 da Lei nº 4.320/1964, cujo teor dispõe: “não será admitida a compensação da obrigação de recolher rendas ou receitas com direito creditório contra a Fazenda Pública”,<sup>124</sup> não configura óbice à alternativa sugerida.

Em primeiro lugar, porque hoje já existe previsão legal que possibilita, no âmbito dos programas de parceria de investimentos, a compensação de créditos recíprocos entre o particular e a Administração Pública Federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário e aeroportuário:

Art. 15. Na hipótese de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União ou às suas autarquias, inclusive relativa a custas e despesas com procedimento arbitral, o pagamento ocorrerá por meio da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso. [...] §2º O disposto no caput não impede, desde que seja estabelecido acordo entre as partes, que o cumprimento da sentença arbitral ocorra por meio de: [...] II – compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluídas as multas, nos termos do disposto no art. 30 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017.<sup>125</sup>

Art. 30. São a União e os entes da administração pública federal indireta, em conjunto ou isoladamente, autorizados a compensar haveres e deveres de natureza não tributária, incluindo multas, com os respectivos contratados, no âmbito dos contratos nos setores rodoviário e ferroviário.<sup>126</sup>

Propõe-se, apenas, que (i) tal possibilidade seja estendida também aos entes estaduais, municipais e distritais em todos os setores da Administração Pública;<sup>127</sup> (ii) o escopo de créditos passíveis de compensação englobe também indenizações e valores reconhecidos como devidos em reequilíbrio econômico-financeiro do contrato – o que hoje a lei veda;<sup>128</sup> e (iii) possam ser compensadas, inclusive, as obrigações pecuniárias vincendas.

<sup>124</sup> BRASIL. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1982. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>125</sup> BRASIL. *Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019*.

<sup>126</sup> BRASIL. *Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017*.

<sup>127</sup> No caso, teria sido mais interessante que as disposições legais que autorizaram a compensação tivessem sido incluídas na Lei nº 8.666/93 (BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 13 mar. 2021).

<sup>128</sup> “Art. 30. [...] §3º A parcela dos investimentos correspondente aos valores compensados não poderá ser utilizada para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e indenização” (BRASIL. *Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017*).

Em segundo lugar, porque o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é unânime ao entender que o impeditivo do supracitado artigo 54<sup>129</sup> refere-se somente a créditos de natureza fiscal e, por isso, não tem o condão de afastar a incidência das regras de direito privado aos contratos administrativos, conforme o comando do artigo 54 da Lei nº 8.666/93, cujo teor dispõe: “os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.<sup>130</sup>

Nesse sentido, esclarece o Ministro Benedito Gonçalves, quando da oportunidade de decidir a respeito da possibilidade de compensação de créditos recíprocos entre sociedade de economia mista extinta e sucedida pela União e sociedade concessionária/arrendatária:

No tocante ao impacto jurídico da sucessão da Rede pela União, tem-se que esta sucede àquela no contrato de arrendamento nos exatos termos contratados com a MRS, nas mesmas condições originais, ou seja, sob as regras de direito privado. Ainda que se considere que posteriormente o crédito passou a ser da União e a natureza do contrato transmutou-se para administrativo, persistiria a possibilidade de aplicação das normas do Código Civil no atinente à compensação, não só porque o artigo 54 da Lei 8.666/93 expressamente permite a aplicação subsidiária das regras de direito privado aos contratos administrativos, mas também porque, no caso dos autos, não há óbice normativo para tanto, dado que todos os impeditivos à compensação perante a União referem-se a créditos fiscais, o que, sem dúvida, não é o caso das parcelas do arrendamento (não se trata de crédito de natureza tributária, cuja compensação depende de autorização de lei específica).<sup>131 132</sup>

<sup>129</sup> BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

<sup>130</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

<sup>131</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *Recurso Especial nº 1.065.070/RJ – Rio de Janeiro*. “EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE CONCESSÃO DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO FIRMADO COM A UNIÃO FEDERAL E DE ARRENDAMENTO DE BENS OPERACIONAIS PACTUADO COM A REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S.A. - RFFSA. FALTA DE PAGAMENTO DA SEXTA PARCELA DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO. COMPENSAÇÃO EFETIVADA PELA EMPRESA ARRENDATÁRIA/CONCESSIONÁRIA, EM 15.10.1998, NOS TERMOS DAS NORMAS PREVISTAS NOS ARTIGOS 1.009 E 1.010 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. POSSIBILIDADE. CRÉDITO DA RFFSA, ORIUNDO DE RELAÇÃO JURÍDICA PRIVADA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO PRIVADO. POSTERIOR EXTIÇÃO DA ENTIDADE E SUCESSÃO PELA UNIÃO (LEI N. 11.483/2007). DESINFLUÊNCIA PARA A NATUREZA PRIVADA DO CRÉDITO E DO CONTRATO. ILEGALIDADE DA COBRANÇA DOS ENCARGOS MORATÓRIOS. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DESTE VALOR COM PARCELAS VINCENDAS DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO. [...]”. Recorrente: MRS Logística S/A. Recorrido: União. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 17 de junho de 2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200801229361&dt\\_publicacao=28/06/2010](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801229361&dt_publicacao=28/06/2010). Acesso em: 13 mar. 2021.

<sup>132</sup> Ver também: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial nº 1.075.808/RJ – Rio de Janeiro*. “EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTRATOS ADMINISTRATIVO. ARRENDAMENTO DE BENS. SUCESSÃO DA REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S.A. PELA UNIÃO. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. POSSIBILIDADE. [...]”. Recorrentes: União e Ferrovia Tereza Cristina S/A. Recorridos: os mesmos. Relator: Min. Mauro Campbell

## Conclusão

O presente artigo buscou apresentar um panorama de algumas possíveis alternativas ao regime de precatórios judiciais, no caso de proferida sentença arbitral condenatória em desfavor da Administração Pública, todas dentro dos limites impostos pela Carta Maior. A relevância do tema reside no fato de a eleição da via arbitral não ser, sozinha, suficiente para conferir a segurança jurídica que se almeja ao parceiro privado, sendo necessária a adoção de instrumentos capazes de afastar o moroso rito constitucional aplicável ao pagamento de débitos judiciais devidos pela Administração Pública. Solucionar o problema é do interesse público.

Em síntese, chegou-se às seguintes conclusões: (i) o pagamento pela via administrativa foge do controle do particular de tal modo que não se pode afirmar, com certeza, ter o condão de afastar o regime de precatórios judiciais; (ii) o pagamento garantido por fundo de natureza privada e patrimônio próprio configura a melhor saída, por ter o condão de afastar o regime de precatórios judiciais, desde que disponibilizados ativos públicos em volume e de alta liquidez; e (iii) a compensação de créditos recíprocos entre o particular e a Administração Pública, inclusive os vincendos, é alternativa complementar que, por sua própria eficiência, se impõe.

Para tanto, iniciou-se contextualizando a arbitrabilidade no bojo dos conflitos com a Administração Pública, para introduzir a aqui defendida incompatibilidade entre a celeridade inerente ao processo arbitral e a morosidade essencial ao regime de precatórios judiciais. E, na sequência, analisou-se o regime de precatórios judiciais, na forma da Constituição vigente, para demonstrar que a morosidade não decorre de tratamento diferenciado legítimo, mas de excessos incompatíveis com o princípio basilar da igualdade entre as partes no instituto arbitral.

Por fim, foram analisadas as alternativas possíveis, tendo sido abordados os desafios pendentes de enfrentamento para a adoção de garantias a serem prestadas por fundo garantidor de natureza privada e patrimônio próprio, em que se destaca a escassez de ativos públicos dos Estados, Municípios e Distrito Federal, e tendo sido sugerida a inclusão, em cláusulas compromissórias modelo, da concessão de poderes ao tribunal arbitral para a compensação de créditos recíprocos entre o particular e a Administração Pública, inclusive os vincendos.

---

Marques, 12 de abril de 2011. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200801562730&dt\\_publicacao=27/04/2011](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801562730&dt_publicacao=27/04/2011). Acesso em: 23 nov. 2020; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial nº 1.254.786/RJ – Rio de Janeiro*. “EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO. SUCESSÃO DA REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S.A. PELA UNIÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. POSSIBILIDADE. [...]”. Recorrente: União. Recorrido: MRS Logística S/A. Relatora: Mina. Eliana Calmon, 18 de abril de 2013. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201101135116&dt\\_publicacao=03/06/2013](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101135116&dt_publicacao=03/06/2013). Acesso em: 13 mar. 2021.

---

**Arbitration without court issued registered warrants: speed from start to finish**

**Abstract:** The paper aims to analyze the alternatives for court-issued registered warrants for the payment of government debts, in order to avoid delay in payments of debts recognized in arbitral awards adverse to the Public Administration. The relevance of the theme relies on the fact that the arbitration agreement, by itself, is not sufficient to provide the legal certainty private parties need to contract with the Public Administration. Initially, it will be analyzed the possibilities of voluntary compliance by the Public Administration and assignment of the payment to a private guarantee fund with own equity. Then, it will be analyzed the possibility of credit compensation between the private party and the public entity, by decision of the arbitral tribunal, under the Civil Code, as a complementary alternative.

**Keywords:** Arbitration. Public Administration. Court-issued registered warrants. Alternatives.

---

## Referências

### Doutrina

ACCIOLY, João Pedro. O cumprimento de sentenças arbitrais desfavoráveis à Administração Pública. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 998/2018, p. 25-54, mar./2018.

BIANCHI, Bruno Guimarães. O risco nas parcerias público-privadas. Orientador: Egon Bockmann Moreira. 2016. Monografia de Graduação – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46366/112.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas e a vinculação de receitas dos fundos de participação como garantia das obrigações do Poder Público. *In: BINENBOJM, Gustavo. Estudos de direito público – Artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 445-465.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, p. 177-192, jan./mar. 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 35/2012, p. 299-407, out.-dez./2012.

DIETERICH, Frederico Bopp. *Mitigação de risco para projetos de parcerias público-privadas no Brasil: a estruturação de garantias públicas*. Banco Interamericano de Desenvolvimento. 2017. Disponível em: <https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Mitiga%C3%A7%C3%A3o-de-risco-para-projetos-de-parcerias-p%C3%BAblico-privadas-no-Brasil-A-estrutura%C3%A7%C3%A3o-de-garantias-p%C3%BAblicas.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

DIETERICH, Frederico Bopp. *PPP: mecanismos de garantias estaduais: relatório completo*. Rio de Janeiro: ABDE Editorial, 2015. Disponível em: <https://abde.org.br/wp-content/uploads/2018/06/PPP-Mecanismos-de-Garantias-Estaduais-1.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

FAIM FILHO, Eurípedes Gomes. *Evolução histórica dos precatórios no Brasil até a Constituição de 1988*. Escola Paulista da Magistratura. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/DireitoPublico/36458?pagina=1>. Acesso em: 13 mar. 2021.

FAIM FILHO, Eurípedes Gomes. *Precatórios no Direito Comparado*. Um estudo comparado: Argentina, Brasil, Estados Unidos e Portugal. Série: Precatórios e Requisições de Pequeno Valor, volume I, 2ª edição eletrônica e impressa, revisada, corrigida, atualizada e ampliada. São Paulo: KDP, 2017.

FREITAS, Rafael Vêras de. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 199-227, jan./mar. 2016. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/04/Novos-desafios-da-arbitrabilidade.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

GAMA, Lauro. Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado). In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. II, issue 8, p.7-42, 2005.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LEMES, Selma Ferreira. *A importância da arbitragem nas PPPs*. 2006. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/A%20Importancia%20da%20Arbitragem%20nas%20PPPs.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos: arbitrabilidade objetiva, confidencialidade ou publicidade processual? In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 6, p. 387-407, jul.-set./2003. Disponível em: [http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri15.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf). Acesso em: 13 mar. 2021.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 686/1992, p. 73-89, dez./1992. Disponível em: [http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri20.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf). Acesso em: 01 nov. 2020.

LEMES, Selma Ferreira. Incentivos à arbitragem na administração pública. *Valor Econômico*, 05 de setembro de 2016. Disponível em: <https://valor.globo.com/noticia/2016/09/05/incentivos-a-arbitragem-na-administracao-publica.ghtml>. Acesso em: 13 mar. 2021.

LEMES, Selma Ferreira. *Sete motivos para eleger a Arbitragem em contratos empresariais e públicos*. 2018. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo62.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

MAIA, Alberto Jonathas. Fazenda Pública, arbitragem e execução. In: *Revista de Processo*, vol. 307/2020, p. 401-420, set./2020.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*. Volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MATTOS, César; MAFFIA, Débora Veloso. *Aspectos jurídico/econômicos das parcerias público-privadas (PPP)*. Brasília, Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema1>. Acesso em: 13 mar. 2021.

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. *As garantias dadas ao particular nas parcerias público-privadas*. Orientadora: Odete Medauar. 2009. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-20062013-133627/publico/Dissertacao\\_mestrado\\_USP\\_Versao\\_Completa\\_Luiz\\_Felipe.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-20062013-133627/publico/Dissertacao_mestrado_USP_Versao_Completa_Luiz_Felipe.pdf). Acesso em: 13 mar. 2021.



MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Orientador: Carlos Alberto Carmona. 2010. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/publico/tese\\_FINAL\\_4.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/publico/tese_FINAL_4.pdf). Acesso em: 13 mar. 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Incentivos às arbitragens com a Administração Pública: objetivo é gerar um ambiente de confiança e maior estabilidade para a propagação do instituto e de sua prática no Brasil. *JOTA*, 27 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/incentivos-as-arbitragens-com-a-administracao-publica-27062019>. Acesso em: 13 mar. 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 44/2015, p. 150-171, jan.-mar./2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei no 13.129/2015: novos desafios. *In: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015.

QUINTÃO, Luísa. Breves notas sobre a arbitragem e a Administração Pública no Brasil. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 59/2018, p. 121-146, out.-dez./2018.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Novo fundo garantidor de PPPs federais pode também ser utilizado por Estados e Distrito Federal: agora vai?* Portugal Ribeiro Advogados. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/novo-fundo-garantidor-de-ppps-federais-pode-tambem-ser-utilizado-por-estados-e-distrito-federal-agora-vai/>. Acesso em: 13 mar. 2021.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SANTOS, Leonardo David Braga dos. *Dívidas da Fazenda Pública: Análise história dos precatórios abordando seus avanços e retrocessos*. Brasília: ESAF, 2013. Monografia inscrita no XVIII Prêmio Tesouro Nacional – 2013. Disponível em: [http://sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis\\_monografias.obtem\\_monografia?p\\_id=424](http://sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis_monografias.obtem_monografia?p_id=424). Acesso em: 13 mar. 2021.

SCAFF, Fernando Facury; ANDRADE, Cesar de Augusto Seijas. A dívida pública com precatórios após 10 anos da LRF. *In: SCAFF, Fernando Facury; CONTI, José Maurício. (Coord.). Lei de Responsabilidade Fiscal – 10 anos de vigência – Questões atuais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4306717/mod\\_resource/content/0/SCAFF%3B%20ANDRADE.%20Divida%20publica%20com%20precatórios%20apos%2010%20anos%20da%20LRF.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4306717/mod_resource/content/0/SCAFF%3B%20ANDRADE.%20Divida%20publica%20com%20precatórios%20apos%2010%20anos%20da%20LRF.pdf). Acesso em: 13 mar. 2021.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação*. Orientador: Joaquim Falcão. Dissertação de Mestrado – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16218/Disserta%3a7%3a3o%20-%20Gustavo%20da%20Rocha%20Schmidt%20-%20Aprovado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 mar. 2021.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha; BALASSIANO, Tamara Grillo. Arbitragem sem precatório: em busca de um novo paradigma para o pagamento de valores devidos pela Fazenda Pública. *JOTA*, 23 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-sem-precatório-23062020>. Acesso em: 13 mar. 2021.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Acordos Administrativos, decisões arbitrais e pagamentos de condenações pecuniárias por precatórios judiciais. *In: Revista de Direito da Procuradoria-Geral*. Rio de Janeiro, v. 64, p. 116-137, 2009.



YAMAMOTO, Ricardo. *Arbitragem e administração pública: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos*. Orientadora: Daniela Monteiro Gabbay. 2018. Dissertação de Mestrado – Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/25820/Dissertacao\\_Mestrado\\_versao\\_definitiva\\_para\\_deposito.pdf?sequence=3&isAllowed=](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/25820/Dissertacao_Mestrado_versao_definitiva_para_deposito.pdf?sequence=3&isAllowed=). Acesso em: 13 mar. 2021.

## Legislação

BRASIL. (Constituição 1988). *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. (Constituição 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. (Constituição 1988). *Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998*. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Brasília, DF: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. (Constituição 1988). *Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000*. Altera a redação do art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 78 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referente ao pagamento de precatórios judiciais. Brasília, DF: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc30.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc30.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. (Constituição 1988). *Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009*. Altera o art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Brasília, DF: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc62.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc62.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. (Constituição 1988). *Emenda Constitucional nº 94, de 15 de dezembro de 2016*. Altera o art. 100 da Constituição Federal, para dispor sobre o regime de pagamento de débitos públicos decorrentes de condenações judiciais; e acrescenta dispositivos ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir regime especial de pagamento para os casos em mora. Brasília, DF: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc94.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc94.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. (Constituição 1988). *Emenda Constitucional nº 99, de 14 de dezembro de 2017*. Altera o art. 101 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir novo regime especial de pagamento de precatórios, e os arts. 102, 103 e 105 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc99.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc99.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 7.976, de 1º de abril de 2013*. Cria a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. - ABGF, específica o seu capital social inicial e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/D7976.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D7976.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019*. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm#:~:text=D10025&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem%20para,XVI%20do%20caput%20do%20art](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm#:~:text=D10025&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem%20para,XVI%20do%20caput%20do%20art). Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. *Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1982. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 5.662, de 21 de junho de 1971*. Enquadra o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) na categoria de empresa pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5662.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5662.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001*. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10233.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.712, de 30 de agosto de 2012*. [...] autoriza o Poder Executivo a criar a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. – ABGF; [...] autoriza a União a participar de fundos dedicados a garantir operações de comércio exterior ou projetos de infraestrutura de grande vulto [...]. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/L12712.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12712.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.766, de 27 de dezembro de 2012*. Altera as Leis nºs 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, para dispor sobre o aporte de recursos em favor do parceiro privado [...]. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12766.htm#art](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12766.htm#art). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017*. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017*. Dispõe sobre a participação da União em fundo de apoio à estruturação e ao desenvolvimento de projetos de concessões e parcerias público-privadas; altera a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada na administração pública, a Lei nº 11.578, de 26 de novembro de 2007, que dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), e a Lei nº 12.712, de 30 de agosto de 2012, que autoriza o Poder Executivo a criar a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. (ABGF). Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13529.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

MINAS GERAIS. *Lei nº 19.477, de 12/01/2011*. Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências. Belo Horizonte, MG: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2011. Disponível em: [https://www.normas.com.br/norma/lei-19477-2011-mg\\_142010.html](https://www.normas.com.br/norma/lei-19477-2011-mg_142010.html). Acesso em: 01 nov. 2020.

RIO DE JANEIRO (Estado). *Decreto nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018*. Regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o estado do rio de janeiro ou suas entidades. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 2018. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=Mzc0MQ%2C%2C>. Acesso em: 13 mar. 2021.

## Julgados

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Mandado de Segurança nº 11.308/DF* – Distrito Federal. “EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. [...] os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como ‘caso Lage’, no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente ‘a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.’ [...] Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público.” [...] (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no *DJ* de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. *In*: RTJ 68/382 – “Caso Lage”. Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrighi, *DJ* 18.08.1999.) [...]”. Impetrante: TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A. Impetrado: Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. Relator: Min. Luiz Fux, 09 de abril de 2008. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200502127630&dt\\_publicacao=19/05/2008](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200502127630&dt_publicacao=19/05/2008). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *Recurso Especial nº 1.065.070/RJ* – Rio de Janeiro. “EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE CONCESSÃO DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO FIRMADO COM A UNIÃO FEDERAL E DE ARRENDAMENTO DE BENS OPERACIONAIS PACTUADO COM A REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S.A. - RFFSA. FALTA DE PAGAMENTO DA SEXTA PARCELA DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO. COMPENSAÇÃO EFETIVADA PELA EMPRESA ARRENDATÁRIA/CONCESSIONÁRIA, EM 15.10.1998, NOS TERMOS DAS NORMAS PREVISTAS NOS ARTIGOS 1.009 E 1.010 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. POSSIBILIDADE. CRÉDITO DA RFFSA, ORIUNDO DE RELAÇÃO JURÍDICA PRIVADA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO PRIVADO. POSTERIOR EXTINÇÃO DA ENTIDADE E SUCESSÃO PELA UNIÃO (LEI N. 11.483/2007). DESINFLUÊNCIA PARA A NATUREZA PRIVADA DO CRÉDITO E DO CONTRATO. ILEGALIDADE DA COBRANÇA DOS ENCARGOS MORATÓRIOS. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DESTE VALOR COM PARCELAS VINCENDAS DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO. [...]”. Recorrente: MRS Logística S/A. Recorrido: União. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 17 de junho de 2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200801229361&dt\\_publicacao=28/06/2010](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801229361&dt_publicacao=28/06/2010). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial nº 1.075.808/RJ* – Rio de Janeiro. “EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTRATOS ADMINISTRATIVO. ARRENDAMENTO DE BENS. SUCESSÃO DA REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S.A. PELA UNIÃO. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. POSSIBILIDADE. [...]” Recorrentes: União e Ferrovia Tereza Cristina S/A. Recorridos: os mesmos. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 12 de abril de 2011. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200801562730&dt\\_publicacao=27/04/2011](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801562730&dt_publicacao=27/04/2011). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial nº 1.254.786/RJ* – Rio de Janeiro. “EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO. SUCESSÃO DA REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S.A. PELA UNIÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. POSSIBILIDADE. [...]” Recorrente: União. Recorrido: MRS Logística S/A. Relatora: Mina. Eliana Calmon, 18 de abril de 2013. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201101135116&dt\\_publicacao=03/06/2013](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101135116&dt_publicacao=03/06/2013). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Recurso Extraordinário nº 160.486/SP* – São Paulo. “EMENTA: PRECATÓRIO – PAGAMENTO PARCELADO – ADCT, ART. 33 – NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS INTEGRANTES DO ADCT – RELAÇÕES ENTRE O ADCT E AS DISPOSIÇÕES PERMANENTES DA CONSTITUIÇÃO – ANTINOMIA APARENTE – A QUESTÃO DA COERÊNCIA

DO ORDENAMENTO POSITIVO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. [...]”. Recorrente: Município de Santos. Recorrido: Santos e Ferreira Ltda. Relator: Min. Celso de Mello, 11 de outubro de 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213448>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357/DF* – Distrito Federal. “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. [...] 8. O regime “especial” de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela EC nº 62/09, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, caput), o princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), o postulado da isonomia (CF, art. 5º), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), o direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). [...]”. Requerentes: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e outros. Interessados: Mesa da Câmara dos Deputados e Mesa do Senado Federal. Relator p/ acórdão: Min. Luiz Fux, 14 de março de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425/DF* – Distrito Federal. “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. [...]”. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Interessado: Congresso Nacional. Relator p/ acórdão: Min. Luiz Fux, 14 de março de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.356/DF* – Distrito Federal. “EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 30, DE 13 DE SETEMBRO DE 2000 [...]”. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requerido: Congresso Nacional. Relator p/ acórdão: Min. Ayres Britto, 25 de novembro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623127>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.362/DF* – Distrito Federal. “EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 30, DE 13 DE SETEMBRO DE 2000 [...]”. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do BRASIL. Requerido: Congresso Nacional. Relator p/ acórdão: Min. Ayres Britto, 25 de novembro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623128>. Acesso em: 13 mar. 2021.

## Outros

BRASIL. Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. – ABGF – Relatório da Administração de 2019. *Diário Oficial da União*, seção 3, Brasília, DF, nº 39, 27 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=27/02/2020&jornal=530&pagina=28&totalArquivos=151>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. *Regulamento de operações para outorga de garantia direta pelo Fundo Garantidor de Infraestrutura – FGIE*. Cobertura de risco de descumprimento de obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público em contratos de parcerias público-privadas – PPP. Brasília, DF: Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. – ABGF, 06 de abril de 2018. Disponível em: [https://www.abgf.gov.br/wp-content/uploads/2018/04/FGIE\\_Regulamento-de-Operacoes-de-PPP.pdf](https://www.abgf.gov.br/wp-content/uploads/2018/04/FGIE_Regulamento-de-Operacoes-de-PPP.pdf). Acesso em: 13 mar. 2021.

TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE. Visão Integrada das Dívidas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Tesouro Nacional Transparente. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/historias/visao-integrada-das-dividas-da-uniao-dos-estados-do-distrito-federal-e-dos-municipios>. Acesso em: 13 mar. 2021.

Rio de Janeiro, 13 de março de 2021.

---

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

BALASSIANO, Tamara Grillo. Arbitragem sem precatório: celeridade do início ao fim. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 03, n. 06, p. 201-237, jul./dez. 2021. DOI: 10.52028/rbadr.v3i6.12.

---





## 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](mailto:conselhorevistas@editoraforum.com.br) ou [editorial.rbadr@gmail.com](mailto: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](mailto:conselhorevistas@editoraforum.com.br).

## ARTIGOS DESTA EDIÇÃO

Cláusulas escalonadas: repercussões da mediação na arbitragem

*Ana Betina da Costa Pires Ferreira*

O novo Tribunal do Futebol da FIFA: inovações e procedimentos

*Bichara Abidão Neto, Victor Eleuterio*

Limitação da cognição da impugnação ao cumprimento de sentença arbitral estrangeira homologada

*Danielli Farias Rabelo Leitão Rodrigues*

Os meios alternativos de solução de controvérsias na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

*Gustavo da Rocha Schmidt*

The Brazilian Center for Arbitration and Mediation (CBMA) as an appellate sports arbitration institution

*Gustavo da Rocha Schmidt, Natália Ribeiro, Daniel Brantes Ferreira*

As cláusulas de *earn-out* e a mediação

*Gustavo Pires Ribeiro*

Social Media-Tion: A Constructive Approach to Dispute Resolution?

*Harshita Agarwal, Poulomi Sen*

A arbitrabilidade objetiva do ato administrativo discricionário à luz do entendimento do STJ

*Kauê Henrique Neto, Luciano Reis*

Maritime arbitration – Ad hoc and institutional methods: A view from a Brazilian perspective

*Lucas Leite Marques, Gabriela Júdice Paoliello, Rafaela Brandão Rocha*

Do cabimento dos meios consensuais de solução de conflitos para a promoção do turismo no Brasil

*Maria Constança Leaby Madureira*

Uma visão sistêmica do procedimento de mediação – As lições do pensamento de Maturana

*Patricia Dornelles Schneider*

Arbitragem sem precatório: celeridade do início ao fim

*Tamara Grillo Balassiano*



Este exemplar faz parte  
da Plataforma FÓRUM de  
Conhecimento Jurídico®



[www.forumconhecimento.com.br](http://www.forumconhecimento.com.br)

**FÓRUM**  
CONHECIMENTO JURÍDICO

ISSN 2596-3201



9 772596 320008