

UNIDADE 3

ARBITRAGEM: HISTÓRICO E PROCESSO

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE APRENDIZAGEM

Ao finalizar esta Unidade, você deverá ser capaz de:

- ▶ Indicar a escolha de um mediador e, se for o caso, de um árbitro para completar a atividade iniciada na Unidade 1 e retomada na Unidade 2;
- ▶ Enumerar as diferenças entre as características pessoais necessárias ao mediador ou ao árbitro e as necessárias ao negociador; e
- ▶ Elaborar e desenvolver uma pesquisa bibliográfica por meio da qual seja possível identificar opiniões e análises diferenciadas, antes e após 2001, com relação à Lei 9307/96.

ARBITRAGEM: HISTÓRICO E PROCESSO

Caro estudante,

Provavelmente você tenha estudado nas disciplinas de *Direito Administrativo e Instituições de Direito Público e Privado* o que diz o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal. Pois bem, precisaremos voltar a ele... Vamos lá!

O artigo 5º da Constituição garante-nos os seguintes direitos:

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

[...]

Todavia, você sabe o que significa, hoje, no Brasil, recorrer ao Judiciário: ter (muito!) tempo disponível não sendo raros os casos em que, quando a sentença final é lavrada e finalmente executada, para uma das partes já ser tardio, como é o caso de falecimentos ou ao fato de os filhos terem crescido sem que se lhe dessem as condições que poderiam ser asseguradas no caso de uma decisão judiciária favorável e tempestiva.

De outro lado, não recorrer ao Judiciário para reclamar um direito, ou que como tal se considere e tenha sido agredido, afastar-

-nos-ia do Estado de Direito, remetendo-nos, no limite, ao estado natural – ao tempo da justiça exercida “com as próprias mãos”. Se há países que apresentam um quadro melhor, há também outros em que a situação é ainda pior. Assim, ao longo da história, quando a negociação não chegava a bom termo e tampouco se intencionava o recurso ao Judiciário, a humanidade criou outras formas de solução de litígios: a mediação e a arbitragem, temas abordados na sequência.

Pesquise sobre O

Julgamento de Páris.

Disponível em: <<http://aguerradetroia.wordpress.com/category/b24-a-guerra-de-troia/b24-2-o-pomo-da-discordia/>>.

Acesso em: 9 abr. 2012.

Você terá uma agradável

surpresa acerca da

natureza humana,

principalmente a feminina!



MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM: CONCEITO E RAZÃO DE SER

Se a negociação nasceu com a humanidade, parece que o mesmo se deu com a arbitragem, sendo difícil, senão impossível, localizar a sua origem no tempo. Magro e Baeta (2004) relembram o episódio mitológico conhecido como *O Julgamento de Páris*, para ilustrar que desde os idos da Grécia Antiga e mesmo entre os deuses havia conflitos que demandavam a arbitragem.

Mais concretamente, há referências que localizam as práticas da mediação e da arbitragem já nos tempos do Império Romano, bem como o **sempiterno*** envolvimento de entes de personalidade de direito público e de direito privado - pessoas físicas ou organizações. Mas para não viajar muito longe no tempo e se ligar a um evento relacionado à História do Brasil, basta lembrar o Tratado de Tordesilhas que, em 1494, com a mediação e arbitragem do Papa Alexandre VI, trouxe solução à disputa das terras descobertas (e a descobrir) na América, envolvendo Portugal e Espanha.

Tendo herdado as Ordenações Afonsinas (1446), seguidas das Manuelinas (1521) e, finalmente, as Ordenações Filipinas (1603), o marco regulatório da justiça brasileira desde cedo contemplou a possibilidade da mediação e do recurso à Coroa estabelecida na metrópole. Essa condição foi reforçada após a chegada da Família Real ao Brasil (1808) e a outorga de uma Constituição própria (1824), que no seu artigo 126 previa a instauração de juízo arbitral para a resolução de divergências civis, através de árbitros nomeados pelas

***Sempiterno** – que dura ou vive sempre; contínuo, eterno, perene, infinito, que é muito velho, muito antigo. Fonte: Houaiss (2009).

partes, e estipulava que as sentenças arbitrais poderiam ser executadas sem recurso, desde que essa fosse a vontade dos participantes. Magro e Baeta (2004, p. 151) informam ainda que:

Mais tarde, o Código Comercial de 1850 estabeleceu o procedimento como obrigatório para determinadas questões comerciais e trabalhistas. Depois da Proclamação da República, em 1889, a arbitragem passou a ser muito usada pelo Brasil para resolver conflitos de fronteira.

Da experiência internacional mais recente, cabe destacar a importância do papel da Organização das Nações Unidas (ONU) como instituição mediadora em numerosos conflitos entre e inter povos.

No sentido popular da expressão, um mediador é alguém reconhecido como parte legítima – pelos valores morais que reúne, pelo conhecimento da matéria etc. – para interferir com o objetivo de chegar a bom termo sobre uma pendência, nem sempre em estágio de litígio. Assim, as partes podem, a qualquer momento, escolher um terceiro integrante ao processo com vistas a facilitar o entendimento sobre um assunto. Todavia, quando tratamos de negócios, seja entre pessoas jurídicas ou físicas, o instituto da mediação subentende que, idealmente, o mediador, ou o árbitro, tenha sido previamente acordado entre as partes. Isto é, que já conste identificado em um dos artigos do contrato, de modo que, na hipótese de um eventual e futuro conflito, as partes já teriam acordado o recurso à mediação de um terceiro previamente escolhido – sim, melhor que seja prévio, pois a própria situação de conflito pode impossibilitar a escolha posterior de um árbitro. Trata-se, aqui, do que é conhecido por cláusula compromissória: a renúncia das partes em recorrer ao Judiciário, optando, ao contrário, pela convenção arbitral; sendo, portanto, um mecanismo extrajudicial. Ademais, a opção pela mediação ou pela arbitragem é ato facultativo de livre e espontânea vontade entre as partes.

Para melhor entendimento do papel de mediador, Martinelli e Guisi (2006, p. 194) apresentam um esquema gráfico que distingue os diferentes papéis, o de mediador e o de árbitro.

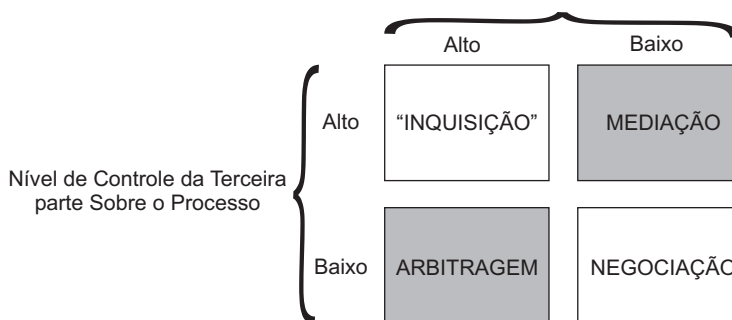


Figura 4: Formas de envolvimento de uma terceira parte na solução do conflito
 Fonte: Martinelli e Guisi (2006, p. 194)

Como se verifica na Mediação, a terceira parte atua ativamente no processo, aproximando as demais para o diálogo e o entendimento. Todavia, não lhe cabe manifestação sobre a decisão final, deixada às partes. O contrário ocorre na Arbitragem, quando a decisão sobre o resultado cabe à terceira parte, deixando aos envolvidos a condução do processo. De outro lado, ainda no estágio da Negociação, no caso de o diálogo entre as partes ser rompido, pode ser chamado um terceiro, para atuar em colaboração ou em substituição da parte. Por fim, o quadrante superior esquerdo da Figura 4 é somente uma hipótese, inadmissível em condições normais, isto é, de diálogo franco e aberto.

Contudo, Martinelli e Guisi (2006, p. 198) recorrem a Silva (2001) para esclarecer, afinal, quem é o mediador:

O mediador não é um juiz, porque não impõe um veredicto, nem tem o poder outorgado pela sociedade para decidir pelos demais, porque não julga com a sabedoria de conhecer o que é justo ou que é melhor para os outros. Deve, sim, ter o mediador respeito pelas partes, conquistado com sua atuação e imparcialidade. Não é indicado para as partes por distribuição ou sorteio das causas, mas sim por escolha delas.

Também não é um negociador que toma parte na negociação, com interesse direto nos resultados.

Também não é árbitro que emite um laudo ou decisão. Embora possa ser um *expert* no tema tratado, não pode

dar assessoramento sobre a questão em discussão. Ele cuida especialmente do relacionamento entre as partes e da descoberta dos interesses reais de cada uma delas.

Resumindo, o mediador é um terceiro neutral. Conduz sem decidir. Deve fazer com que as partes participem ativamente na busca de soluções que se ajustem a seus interesses, pois ninguém sabe mais do que as próprias partes para decidir sobre si mesmas. Na mediação tudo deve acontecer entre as partes. O mediador é tão somente a parteira, que ajuda a dar à luz os reais interesses que possibilitarão o acordo final.

Não obstante essa definição sintética, sobretudo operacional, Egger (2008) aponta para os inúmeros sentidos e significados hodiernamente conferidos ao termo mediação, como visto, um método extrajudicial de resolução de conflitos:

- ▶ a mediação como uma concepção do direito;
- ▶ como uma política cultural ou fenômeno sociocultural;
- ▶ a mediação como expressão estrutural dos Direitos Humanos da alteridade e da cidadania dialógica;
- ▶ como uma forma diferente da realização do amor;
- ▶ como negociação dos sentidos;
- ▶ como **coaching***; e
- ▶ como técnica alternativa de resolução de conflitos.

No que tange à mediação “como uma forma diferente da realização do amor”, necessário se faz, para o pleno entendimento, uma breve citação do mesmo autor que, referenciando Warat (2001), esclarece: “[...] nesse sentido, primeiro, deve-se ver a mediação como uma forma de produzir com o outro o novo, em uma relação; e, segundo, de ver o amor como a construção de um equilíbrio, uma harmonização com o outro, nas diferenças” (EGGER, 2008, p. 30-1). Na mesma linha, ele se refere ao sentido da mediação como “negociação dos sentidos”, momento em que recorre e declara concordar com Clanchy (1993):

***Coaching** – (treinamento), bem como coach (treinador) são expressões inglesas utilizadas para denotar a mediação que se emprega nos conflitos empresariais em relação aos executivos que apresentam dificuldades no exercício da liderança. Fonte: Elaborado pelo autor deste livro.

[...] transcrevo a observação de J. B. Given, no seu estudo sobre o homicídio na Inglaterra no século XIII, que vai ao ponto de dizer que “os meios mais efetivos para resolver disputas eram os informais; a mediação de amigos, parentes e vizinhos era, sem dúvida, muito mais eficaz do que as atividades dos tribunais reais e senhoriais”; assim, concordando com essa afirmação, conclui-se que **o amor era e é, sem dúvida, muito mais efetivo** do que a lei [...]

Os litigantes são ‘unidos pelo amor ou separados pelo julgamento’. Um réu pode escolher entre o processo por defesa jurídica (*de placito*) e o estabelecimento da paz; os homens sensatos evitam ‘a sorte extremamente incerta da alegação judicial’. O acordo (*pactum*) ou a paz (*pax*) são bons, mas ainda melhor é ‘proceder por amor (*per amorem*), se os litigantes desejam ter perfeita liberdade de movimento, como entre amigos.

Finalmente, Egger (2008, p. 36) distingue a negociação da mediação e esta da arbitragem e esclarece a confusão, comum em vários textos, com uma quarta atividade: a da conciliação.

Negociação é um conjunto de discussões entre as partes em conflitos que se unem voluntária e temporariamente com a intenção de resolver os pontos em litígio; se a comunicação for rompida, a negociação pode ser feita com a ajuda de um terceiro, em geral um advogado, trata-se de uma negociação por intermédio de representantes; já, a Conciliação é um procedimento que objetiva uma relação positiva entre as partes em litígio e a diminuição do impacto do conflito, favorece o estabelecimento de um clima de confiança e a melhora da comunicação, o conciliador pode sugerir ou conduzir o acordo; enquanto que, a Arbitragem é um procedimento em que as partes em litígio, voluntariamente, pedem a um terceiro imparcial e neutro que tome uma decisão em seu lugar; a arbitragem não favorece o diálogo direto entre as partes, vez que, o árbitro tem o mesmo papel decisório do juiz estatal;

enquanto que, a Mediação é um procedimento voluntário e confidencial em que um terceiro neutro e imparcial, ajuda a duas ou mais pessoas em conflito a buscar uma solução que satisfaça aos interesses de todos ou melhore o vínculo entre as partes.

No que tange à arbitragem, entre outras definições, destacamos a de Roque (1997), apresentada por Martinelli e Guisi (2006, p. 202):

A arbitragem é um sistema de solução pacífica de controvérsias nacionais e internacionais, rápida e discreta, quer de direito público quer de direito privado. Consiste na criação de um julgador não pertencente à jurisdição normal, escolhido pelas partes conflitantes para dirimir divergências entre elas. É a escolha pelas partes de um juiz não togado, ou de um tribunal não constituído por magistrados, mas de advogados avulsos ou pessoas consideradas como capazes de conhecer e decidir uma questão perante a ser submetida à Justiça. Podemos dizer que seja uma justiça privada a fazer o que faria a justiça pública: solucionar lides entre duas ou mais pessoas.

Alguns pontos dessa definição merecem uma reflexão:

- ▶ **Rápida e discreta:** conforme esclarecido, um dos principais objetivos da mediação especializada e, sobretudo, da arbitragem, é evitar a via judicial, sabidamente morosa, seja pela quantidade de recursos que possibilita (por vezes utilizados tão-somente como uma estratégia para ganhar tempo – isso também servindo como instrumento de pressão), seja pelo excesso de demanda que atualmente a sociedade tem levado à justiça – diz-se, por isso, que vivemos na era da judicialização de todas as formas de relacionamentos contratuais. Há conflitos, em especial na área do comércio que, se demorada a emissão da decisão final, esta tem prejudicada a sua eficácia, a exemplo da perda de validade e obsolescência dos bens envolvidos,

dos custos de oportunidades perdidos, etc. De outro lado, há conflitos, a exemplo dos motivados pelo vazamento de uma informação confidencial, protegida em contrato, que uma ou mesmo ambas as partes não desejam que seja do conhecimento de terceiros desconhecidos, como seria inevitável se o processo tramitasse na via judiciária. O prejuízo causado pelo domínio público dessa informação pode ser muito maior do que o dano material em si; suponha o dano causado à imagem de uma instituição financeira em litígio com a empresa responsável pelo seu sistema de segurança de acesso à informação (banco de dados das transações, cadastros, etc.).

- ▶ **Quer de direito público quer de direito privado:** há controvérsias quanto à possibilidade de entre as partes figurar um ente de direito público. Conforme sabido, diz-se que o agente público não possui vontade própria, submisso que é ao princípio da legalidade, isto é, só pode fazer o que explicitamente dispõe a lei. Ora, como então permitir que o agente público, representando uma estatal, negocie e chegue, ainda que a bom termo com as partes, sobre assuntos que não tenham sido previamente explicitados no aparato normativo? Uma segunda linha de argumentação aponta que, em que pese o marco legal instituído no Brasil, a Lei n. 9.307/96 (CARMONA, 2004) não poderia, já que lei ordinária, contrariar disposição constitucional que, conforme visto no artigo 5º, inciso XXXV, afirma: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, independentemente do mérito do acordo, se algum agente da sociedade entender que foram feridas as hipóteses dos artigos 30 e 33 da Lei n. 9.307/96 poderá contestá-lo em juízo, hipótese que abre espaço para que o Judiciário não reconheça determinados termos, demandando ajustes no que havia sido, de comum acordo, ajustado entre as partes. De outro lado, conforme esclarece Egger (2005), sem exceção, os Tribunais Cíveis e comerciais brasileiros têm rejeitado qualquer recurso impetrado sob essa alegação, a exceção persistia na área do direito do trabalho, a qual também vem reconhecendo a constitucionalidade da arbitragem. Conforme visto, uma

das primeiras iniciativas entre as partes é o compromisso arbitral, isto é, a renúncia (facultativa e de livre e espontânea vontade) ao Judiciário como esfera de solução de conflitos, todavia, conforme o texto constitucional enuncia a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça de direito. Em que pese desde 2001, no Agravo Regimental em sentença estrangeira de n. 5.206, do Reino de Espanha, haver pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em sentido amplo da constitucionalidade da Lei, a sua inconstitucionalidade ainda é apontada como sendo um dos obstáculos, por exemplo, ao avanço dos empreendimentos no âmbito das Parcerias Público-Privadas – caracterizando risco regulatório, parte de uma condição mais ampla, a de insegurança jurídica. Vale lembrar que, doutrinariamente, o agente público age em nome da sociedade, a qual não lhe delegou poderes (carta-branca) para negociar e acordar independentemente dos termos. Por analogia, temos as Convenções e Acordos Internacionais firmados pelos representantes políticos, eleitos ou não, mas que para validade no território nacional necessitam, previamente, da ratificação do Congresso Nacional.

Você recorda da invasão da subsidiária da PETROBRAS pelas forças militares e pelos quadros técnicos da Bolívia em 2006? Certamente que sim! E do argumento jurídico? É provável que não; mas a mídia informou que havia questionamento quanto à legalidade do acordo assinado, pois, como prevê a Constituição, ele não havia sido referendado pelo Congresso Nacional Boliviano.

Conforme dito, o tema não é livre de controvérsias; Carmona (2004, p. 62), entre outros, defende que:

Quando o Estado atua fora de sua condição de entidade pública, praticando atos de natureza privada – onde

poderia ser substituído por um particular na relação jurídica negocial – não se pode pretender aplicáveis às normas próprias dos contratos administrativos, ancoradas no direito público. Se a premissa desta constatação é de que o Estado pode contratar na órbita privada, a consequência natural é de que pode também firmar um compromisso arbitral para decidir os litígios que possam decorrer da contratação. Em conclusão, quando o Estado pratica atos de gestão, desveste-se da supremacia que caracteriza sua atividade típica (exercício de autoridade, onde a Administração pratica atos impondo aos administrados seu obrigatório atendimento), igualando-se aos particulares: os atos, portanto, “tornam-se vinculantes, geram direitos subjetivos e permanecem imodificáveis pela Administração, salvo quando precários por sua própria natureza”.

- ▶ **Julgador não pertencente à jurisdição normal:** trata-se de formulação autoexplicativa, todavia, cabe um esclarecimento adicional: embora o árbitro não seja um juiz togado, por vezes é conveniente que seja, pela prática e experiência que a atividade profissional lhe confere, senão por outros domínios, pelo do rito processual; e finalmente.
- ▶ **Uma justiça privada a fazer o que faria a justiça pública:** há, também, questionamentos doutrinários acerca dessa afirmativa. Entre outros, o de que o Estado (diga-se: os agentes públicos) seria insubstituível nas suas funções porque a sua razão de ser o distingue, de maneira inconfundível, dos demais arranjos sociais, a exemplo das organizações corporativas: histórico, forma de criação, objetivos, escolha dos representantes, obediência à legalidade, etc.; daí, não poder se esperar que a justiça privada faça o que faria a justiça pública. Alude-se, por exemplo, que em havendo assimetria acentuada entre as partes (quanto ao porte: grandes corporações x micro e pequenas empresas; à elevada especialização em algum campo de conhecimento, etc.) é pouco provável que a arbitragem leve a uma justiça equitativa, pois até mesmo

na escolha do árbitro uma das partes já poderia deixar manifesta a sua hipossuficiência, comprometendo, assim, os futuros desdobramentos, daí que, em tese, somente o poder estatal, não comprometido com as partes, poderia assegurar o tratamento isonômico. Imagine uma grande corporação multinacional e cliente expressivo (por exemplo, em volume de compras) de uma pequena empresa local: à época da renovação contratual, a primeira sugere à segunda a cláusula compromissória; será que esta decidirá por livre e espontânea vontade? Efetivamente, o que marco regulatório arbitral privado pretende é, apropriando-se de uma prerrogativa estatal, a da decisão final do Judiciário (que, como você sabe, deve antes ser cumprida e, depois discutida), encerrar, com celeridade, uma disputa.

Finalmente, Carmona (2004, p. 33) esclarece que:

A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

Destarte, apesar das controvérsias, tanto no cenário internacional, como no ambiente nacional e, sobretudo entre as organizações privadas e corporativas, o instituto da arbitragem vem experimentando acentuado crescimento. Por fim, vale lembrar que a prática da arbitragem traz ao ambiente institucional, ao lado do direito legislado, o direito dos costumes (por vezes referido como consuetudinário), possibilitando que uma mesma questão que se apresente em lugares diferenciados, com tradições, problemas, recursos e toda a sorte de diversidade, experimente solução igualmente diversa. Portanto, é destituído de sentido algo assemelhado a uma súmula vinculante, pois inexistente, ao contrário da via judicial, a formação de jurisprudência. Isto é praticamente uma decorrência natural do sigilo que envolve o processo e os termos finais do acordo. Assim, o instituto da arbitragem tem sido utilizado, também, para a celebração de

acordos sobre conflitos de menor gravidade, a exemplo dos surgidos entre a vizinhança (condôminos), fornecedores e consumidores, entre outros.

MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM: PROCEDIMENTOS

O Marco Regulatório da Arbitragem, no Brasil, é a Lei n. 9.307/96 (BRASIL, 2009a) e, segundo Magro e Baeta (2004, p. 102), as principais inovações foram:

O artigo 7º da lei diz que “existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”.

O artigo 41 da lei modificou o artigo 267 do Código de Processo Civil, incluindo a convenção de arbitragem no rol das situações que causam a extinção do processo judicial sem julgamento de mérito.

O artigo 584 do CPC também foi modificado para incluir a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou conciliação entre os títulos executivos judiciais.

Não obstante, nem todas as questões podem ser resolvidas ao amparo do **Marco Regulatório da Arbitragem**, somente as referentes a direitos patrimoniais disponíveis: que podem ter seu valor definido em dinheiro e ser negociados, transacionados, cedidos ou renunciados. Assim, não podem ser levadas para a arbitragem: questões criminais, de família, tributárias, falência, entre outras.

De outro lado, a arbitragem, pelas suas características (rapidez, sigilo, relativa informalidade, flexibilidade, entre outras), tem se revelado um ambiente efetivo para a solução de conflitos pertinentes às disputas societárias, no setor imobiliário, sobre os direitos do consumidor, questões comerciais e de prestação de serviços.

Enquanto inexistia lei regulamentando a Mediação, embora desde 1998 tramite no Congresso Nacional o Projeto de Lei no. 4.827 que versa sobre a matéria, o processo de mediação se realiza a partir de estudos e pesquisas sobre a prática das entidades (empresas, associações) locais que se dedicam a esse método de resolução de controvérsia, bem como pelos costumes das diversas instituições nacionais e internacionais que atuam na área.

Martinelli e Guisi (2006, p. 195) enumeram os procedimentos da mediação:

- 1) primeiro as partes escolhem o mediador, que pode ser ou não profissional;
- 2) o mediador estabelece com as partes as regras do processo, incluindo o ato de ouvir-se mutuamente;
- 3) há a fase de identificação dos interesses, prioridades e desejos das partes;
- 4) as possíveis alternativas de solução são exploradas e discutidas pelas partes;
- 5) finalmente, chega-se a um acordo.

Na sequência, os mesmos autores esclarecem e distinguem o processo de arbitragem, no qual “as partes apresentam suas posições ao árbitro, que estabelece as regras, podendo utilizar ou não suas sugestões”.

Embora o marco regulatório brasileiro seja recente, a mediação e a arbitragem deixaram de ser alternativas teóricas, sendo hoje práticas consagradas com um número crescente de adeptos, tendo surgido um novo ramo de negócio – o das empresas especializadas em mediação e arbitragem que, assim, acumulam experiência, instituem códigos de ética, aprofundam conhecimentos e desenvolvem regras e metodologias que tendem a qualificar os processos. Ademais, pela experiência e conhecimento acumulado conseguem antecipar e, assim, evitar possíveis zonas de conflito em cada tipo de negócio.

Proliferam, também, as estruturas organizacionais vinculadas ao setor e especializadas na mediação de litígios específicos, a exemplo da Câmara de Arbitragem da Associação Nacional das Instituições do Mercado Financeiro (ANDIMA) mais um fórum especializado voltado para a resolução de conflitos dentro do sistema financeiro.

Destarte, embora persistam a mediação e a arbitragem *ad hoc*, isto é, caso a caso (com equipe, procedimentos, regras, etc.), pouco a pouco o setor ganha institucionalização. Embora se tenha dito que é desprovido de sentido falar de jurisprudência na via extrajudicial, algumas Câmaras, a exemplo da Associação Americana de Arbitragem (nos Estados Unidos), da Corte Internacional de Ar-

Para saber mais sobre Câmaras e Conselhos de arbitragem recomendamos a visita aos seguintes sites: <<http://www.cbmae.org.br/>>; <www.conima.org.br>; e, <www.cortecatarinense.org.br>. Acessos em: 9 abr. 2012.

bitragem da Câmara de Comércio Internacional (na França) e, no Brasil, a Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil, ao instituir a **Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial**, disponibilizam bancos de jurisprudência. Todavia, não há, como na via judicial, força vinculante.

Magro e Baeta (2004, p. 39) ilustram com um fluxograma a sequência de etapas de um processo arbitral mediado pelas câmaras:

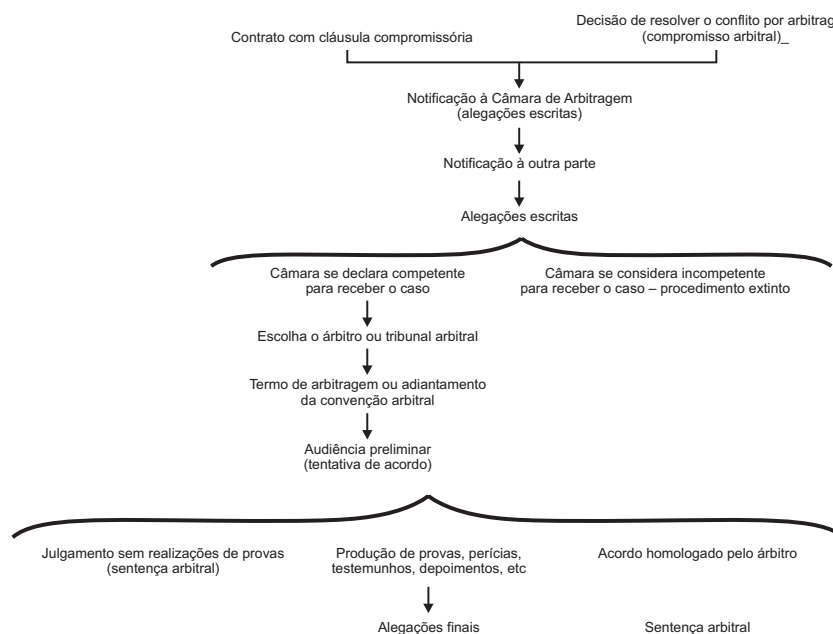


Figura 5: Fluxograma básico nos processos de arbitragem

Fonte: Magro e Baeta (2004, p. 39)

Conforme já salientado, no Brasil, embora já amplamente difundido, o marco regulatório da arbitragem ainda provoca questionamentos, sendo possível que um caso concreto levado à Corte Maior provoque uma reinterpretção da sua constitucionalidade já estabelecida. Por isso o cuidado necessário na condução de todas as etapas. Um dos pontos mais importantes é o respeito ao princípio do contraditório (alegação de defesa), bem como de ser observada a igualdade das partes, a imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento.

Se, seguramente mais célere e flexível nos procedimentos, a solução de conflitos pela via extrajudicial, do ponto de vista econômico, não necessariamente é a menos onerosa, até o contrário;

además, pela rapidez com que se desenvolve, é provável que surja a necessidade de desembolsos no curto prazo. Há taxas administrativas, honorários fixos ou variáveis em função dos valores em questão e da complexidade (técnica, perícias, etc.) intrínseca ao processo específico. Como de resto ocorre em várias circunstâncias no ambiente de negócios, é recomendável a constituição de provisões para eventuais futuras necessidades. Finalmente, embora não seja indispensável, o acompanhamento de um advogado pode se revelar de grande importância às partes – mais custo (!) –, igualando-se, nesse aspecto, aos encaminhamentos via judicial.

Resumindo



Se a negociação direta entre as partes não surte resultados, uma alternativa que se apresenta é o recurso a um terceiro, um mediador (pessoa física ou jurídica) que, por ser neutro frente às partes e detentor de competências técnicas e morais, supostamente é capaz de conduzir a um acordo aceitável por ambos os lados. Se, ainda assim, não for possível chegar a bom termo, restam como alternativas a via judicial ou o entendimento extrajudicial, a exemplo da arbitragem (nos termos acertados entre as partes), que também pode ser realizada por indivíduos ou organizações especializadas. Após muitos questionamentos, o marco regulatório da arbitragem no Brasil foi, em 2001, declarado constitucional. Todavia, é essencial a atenção aos procedimentos para que não seja, pontualmente, arguida a sua constitucionalidade. Finalmente, em que pese a força da cláusula compromissória, se ao longo do processo de arbitragem não forem observados os direitos constitucionais, as partes poderão, ainda, recorrer ao Judiciário.



Atividades de aprendizagem

Vamos conferir se você entendeu o que abordamos neste tópico? Realize, então, as atividades propostas a seguir e, caso haja alguma dificuldade, faça uma releitura cuidadosa dos conceitos e, se ainda assim restar dúvidas, entre em contato com seu tutor.

1. Considere o exercício proposto na Unidade 1 e na Unidade 2 e responda: Se fosse o caso de ter decidido por um mediador, quem você escolheria e por quê? E se tivesse que escolher um árbitro?
2. Para refletir: as características pessoais de um mediador ou de um árbitro são as mesmas de um negociador? Por quê?
3. O *site* <<http://jus.com.br>>, entre outros, apresenta muitas matérias e estudos de interesse da Administração Pública, a exemplo de análises sobre textos legais; faça uma pesquisa e identifique as diferentes opiniões e análises, antes e após 2001, sobre a Lei 9.307/96 (que pode ser acessada através do *site* do Senado Federal: <www.senado.gov.br> ou, diretamente no *link* <<http://www.egger.com.br/ie/lei-9307.htm>>). Acesso em: 9 abr. 2012.
4. Faça uma pesquisa de opinião mediante entrevistas com várias pessoas, físicas e jurídicas, para verificar quantas sabem e se efetivamente utilizam o marco regulatório da mediação e arbitragem para solucionar conflitos.
5. Os mais entusiasmados afirmam que o marco regulatório instituído pela Lei 9.307/96, mais do que ser um mecanismo de solução de conflitos na área de negócios e bens patrimoniais disponíveis, é um divisor de águas, sinalizando profundas transformações (hábitos, valores, etc.) na sociedade, doravante menos judicializada e mais pacificada. Você concorda? Por quê?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Caro estudante,

À guisa de conduzir para os encaminhamentos finais, necessário se faz estabelecer os vínculos entre os três temas abordados: a negociação, a mediação e a arbitragem, conforme apresentamos no Quadro 2:

CARACTERÍSTICAS	FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS			
	NEGOCIAÇÃO	MEDIAÇÃO	ARBITRAGEM	PODER JUDICIÁRIO
DECISÃO	PARTES	PARTES	ÁRBITRO	JUIZ
Procedimentos	Partes	Partes, com auxílio do mediador	Regras de procedimento definidas pelo órgão/Câmara	Ordenamento jurídico
Vantagens	Relacionamen- to (<i>a priori</i>)	Relacionamen- to; possibilida- de de recurso à arbitragem e ao Poder Judiciário	Tempo; estabi- lidade da deci- são; segurança da decisão	Segurança do ordenamen- to jurídico; possibilidade de recurso a instâncias superiores
Desvantagens	Tempo e custos variáveis; possibilidade de recurso a outras formas de solução do conflito (rela- cionamento)	Tempo e cus- tos variáveis; recurso a outras formas de solução	Relacionamen- to; possibilida- de de insatis- fação com o resultado	Tempo; custo; insatisfação com a decisão do juiz

Quadro 2: Comparação entre negociação, mediação, arbitragem e poder judiciário
Fonte: Adaptado de Martinelli e Guisi (2006, p. 213)

Embora a disposição das informações seja autoexplicativa e permita a comparação e o contraste, alguns comentários podem ser acrescidos:

- ▶ de regra, tanto as vantagens quanto as desvantagens devem ser apreciadas em perspectiva, pois dependem do ponto de vista das partes envolvidas, não podendo ser tomadas em termos de posicionamento absoluto. Assim, por exemplo, enquanto para uma das partes pode interessar que a ação judicial se prolongue pelo maior tempo possível, constituindo parte integrante da sua estratégia, para a outra pode ser o inverso;
- ▶ a suposta segurança implícita no ordenamento jurídico também merece ser apreciada com cautela. São inúmeras as manifestações que apontam para a existência de insegurança jurídica no país, enquanto o juiz de uma comarca consistentemente se pronuncia em um sentido, para a mesma questão, outro juiz (e por vezes da mesma comarca) sinaliza em sentido oposto. O mesmo se observa nos recursos às Cortes, fazendo com que, muitas vezes, uma questão só reste definitivamente esclarecida após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, o que, certamente, na maioria das vezes demanda anos. Leis mal feitas, bem como desvios de conduta, estão no cerne desse problema. Nessas condições se instauram a dúvida e a incerteza, bem como prolifera a indústria da judicialização dos contratos, fatores que impactam, via aumento dos custos de transação, na sociedade.

Segundo o filósofo Jean Jacques Rousseau, o homem é, naturalmente, bom, tendo a vida em sociedade, o corrompido. Entretanto, não fosse essa sociedade, não teria alcançado tantas conquistas e superações, daí ser inimaginável outro modo de vida. Desigualdades naturais, diferenças construídas e institucionalizadas pelos sistemas de poder, o eterno desequilíbrio entre as demandas e as condições de oferta são, entre outros, fatores geradores de conflitos cuja solução requer o diálogo e a negociação do chamado tipo ganha-ganha. Como, também por motivos diversos, nem sempre a negociação chega a bom termo na perspectiva de ambas as partes, ou sequer são criadas as condições prévias para o seu estabelecimento, desde tempos remotos vem atuando um terceiro responsável por um estágio quiçá mais avançado: o da negociação com mediador.

Muito antes de a clássica divisão de poderes no Estado republicano, democrático e de direito ter, sob determinados aspectos, emitido sinais de exaustão, em particular no que interessa ao tema ora debatido – a solução de conflitos via judicial –, teria surgido uma nova alternativa: a arbitragem. Natural que o mediador, se previamente acordado, fosse também o árbitro, contudo, não necessariamente deve sê-lo, sendo conveniente que em determinadas situações entre em cena um quarto personagem. Embora a cláusula ou o compromisso arbitral gerem o compromisso de afastamento da via judicial, é necessário cautela no curso do processo extrajudicial para não incorrer em falha que justifique o recurso à primeira.

Esta é, em breves palavras, a história da solução de conflitos, em particular, no mundo dos negócios, pois, em outros ambientes e contextos, a hierarquia eclesiástica, por exemplo, poderia exercer o papel de mediador e árbitro.



BURBRIDGE, Richard Marc *et al.* *Gestão de Negociação*. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo* – um comentário à Lei n. 9.307/96. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2004.

CARVALHAL, Eugenio de *et al.* *Negociação e Administração de Conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

EGGER, Ildemar. *Mediação Comunitária Popular: uma proposta para além da conflitologia*. Florianópolis, 2008. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais, 2008.

EGGER, Ildemar. *O Poder Judiciário e a Arbitragem*. 2005. Disponível em: <<http://www.egger.com.br/ie/arbitragem.htm>>. Acesso em: 2 jun. 2011.

FALJONE, Ademar. *Negociações Sindicais*. São Paulo: Makron Books, 1998.

FISHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. *Como Chegar ao Sim*. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

HIRATA, Renato H. *Estilos de Negociação*. São Paulo: Saraiva, 2007.

HOUAISS, Instituto Antônio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. Versão monousuário, versão 3.0, CD-ROM. Objetiva: junho de 2009.

MARTINELLI, Dante P.; GHISI, Flávia A. *Negociação – aplicações práticas de uma abordagem sistêmica*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAGRO, Maíra; BAETA, Zínia. *Guia Valor Econômico de Arbitragem*. São Paulo: Globo, 2004.

MORGAN, Gareth. *Imagens da Organização*. São Paulo: Atlas, 1996.

TZU, Sun. *A Arte da Guerra*. Rio de Janeiro: Record, 2002.

UOL Educação. Biografias. *Carl Gustave Jung*. [2012?]. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/biografias/carl-gustav-jung.jhtm>>. Acesso em: 14 maio 2012.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

MINICURRÍCULO

Ivan Antônio Pinheiro

Graduado em Estatística pela Escola Nacional de Ciências Estatísticas (1979), em Economia pela Faculdade de Ciências Políticas e Econômicas do Rio de Janeiro (1980) e Mestre e Doutor em Administração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Atualmente, é professor associado no Programa de Pós-Graduação em Administração da UFRGS, atuando tanto em disciplinas predominantemente voltadas para o setor público quanto em outras essencialmente corporativas. Áreas de interesse: estrutura, funcionamento e Reformas do Estado, políticas públicas, regulação, parcerias público-privadas, *public choice*, programas de qualidade. Linhas de pesquisa em andamento: *Inovação em Gestão Municipal* e *Gestão da Criatividade e Inovação*. Palestrante e revisor de vários periódicos nacionais: RAP, RAE, REAd, entre outros, e de Congressos e Seminários nacionais e internacionais. Consultor *ad hoc* e pesquisador do CNPq.

