

**SÉRIE**

# ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO NO MERCADO IMOBILIÁRIO

COMISSÃO DE  
ARBITRAGEM  
E MEDIAÇÃO

**ANO 2023**

  
**IBRADIM**  
INSTITUTO BRASILEIRO  
DE DIREITO IMOBILIÁRIO

## **SÉRIE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO NO MERCADO IMOBILIÁRIO**

Considerando que a mediação, solução autocompositiva, é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, escolhido ou aceito pelas partes e que as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia ; e que a arbitragem, solução heterocompositiva, é mecanismo por meio da qual as partes capazes decidem submeter o seu conflito a um juízo arbitral escolhido de comum acordo , trazemos a debate a mediação e a arbitragem como ferramentas que colaboram nas questões imobiliárias.

**A Comissão de Arbitragem e de Mediação**, em reuniões conjuntas com outras comissões do IBRADIM, promove rodas de conversas sobre diversos temas relevantes ao direito imobiliário, buscando analisar o cabimento e a adequação da mediação e/ou da arbitragem na solução de controvérsias que envolvam esses temas.

Essas reuniões mostram a transversalidade dos citados mecanismos na resolução de conflitos recorrentes do mercado imobiliário e tem como meta promover reflexões considerando os envolvidos de cada contexto, ampliando o conhecimento e o debate sobre essas práticas. Com isso, e cientes de que a Mediação e a Arbitragem são procedimentos completamente diferentes, trataremos dos tópicos trazidos a debate em pequenas ementas, denominadas pílulas de conhecimento.

**Francisco Maia Neto**

Presidente da Comissão de Arbitragem e Mediação do IBRADIM

**Claudia Frankel Grosman**

Vice-Presidente da Comissão de Arbitragem e Mediação do IBRADIM

---

O conceito de mediação está determinado no artigo parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal nº 13.140, de junho de 2015 ("**Lei de Mediação**"). Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13140.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13140.htm). A arbitragem é regulamentada pela Lei Federal nº 9.307 de 1996 ("**Lei de Arbitragem**"). Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm).

## ***Sumário***

Episódio 1 - Arbitragem e Mediação em Condomínio.....	<b>5</b>
Episódio 2 - Arbitragem e Mediação em Locação.....	<b>10</b>
Episódio 3 - Arbitragem e Mediação em Hotelaria.....	<b>14</b>
Episódio 4 - Arbitragem e Mediação em Contencioso Imobiliário .....	<b>22</b>
Episódio 5 - Arbitragem e Mediação em Família e Sucessões .....	<b>26</b>
Episódio 6 - Arbitragem e Mediação em Loteamentos .....	<b>32</b>
Episódio 7 - Arbitragem e Mediação em Infraestrutura .....	<b>37</b>
Episódio 8 - Arbitragem e Mediação em Shopping Center .....	<b>40</b>
Episódio 9 - Arbitragem e Mediação em Negócios Imobiliários .....	<b>46</b>

EPISÓDIO 01

# Arbitragem e Mediação em Condomínio

COMISSÃO DE  
ARBITRAGEM  
E MEDIAÇÃO

ANO 2023

# Arbitragem e Mediação em Condomínio

Reunião Conjunta das Comissões de Arbitragem e Mediação  
e de Condomínio do IBRADIM, de **24.03.2023**

**Convidados:** Rubens do Carmo Elias Filho, Thomaz Henrique Monteiro Whately e Francisco Maia Neto

**Participantes:** membros das comissões envolvidas e associados IBRADIM

**Coordenadores:** Claudia Frankel Grosman e Francisco Maia

**Relatora:** Mariana Nogueira Machado Simões

## EPISÓDIO:

### ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO EM CONDOMÍNIO

#### 1 Diferença entre mediação e arbitragem.

Na mediação os interessados podem ser acompanhados de seus advogados. Seguem assim as tratativas para buscar uma solução mutuamente aceitável, facilitada por um terceiro imparcial - que traz criatividade para o campo da negociação por estar lá para buscar as sinergias que a negociação direta não alcança. O mediador é contratado por todos os envolvidos e tem sua imparcialidade reconhecida. O terceiro imparcial, o mediador, precisa ser alguém de fora do contexto da questão. As reuniões conjuntas e separadas ajudam o mediador a identificar interesses, necessidades e motivações que colaboram na solução. Nesse contexto confidencial e sem julgamento, o diálogo acontece de forma produtiva. Na Arbitragem os interessados outorgam a um terceiro imparcial, eleito em conjunto, o poder decisório, ou seja, a resolução do conflito. As partes são acompanhadas de advogados. Fornecem ao terceiro - o árbitro - provas e documentos para a análise e decisão sobre o caso. Essa decisão vincula as partes.

#### 2 Processo de mediação

O mediador mapeia o conflito, inclui os participantes, trabalha a adesão e inicia a facilitação da negociação. Nesse contexto as partes desenham a solução do caso, assistidas por seus advogados. Cada caso tem sua particularidade e o mediador, como guardião do processo de mediação, desenha a melhor forma junto com os envolvidos, incluindo os advogados especialistas na matéria em pauta.

#### 3 Reconhecimento de arbitragem pelo mercado imobiliário.

Profissionais reconhecem a arbitragem como eficiente para tratar de temas do mercado imobiliário. A arbitragem, como a mediação, são importantes meios para amadurecer a solução do problema. É possível resolver questões de mérito por esse meio, deixando eventual execução para um processo judicial. Essa resolução prévia de mérito permite uma solução mais eficaz e efetiva do problema.

## **4** Potencial crescimento do uso da mediação na resolução de conflitos condominiais: o papel essencial dos advogados na criação da cultura de aplicação da mediação.

Havia muita resistência ao uso desse método. Hoje não mais por conta da Lei de Mediação e da experiência crescente. O Judiciário já o entende como facilitador de solução prévia que ajuda a diminuir o número de ações, permitindo aos juízes entregar melhor os casos. A construção da cultura de solução de conflitos por mediação e arbitragem com o incentivo de advogados é essencial. O Advogado tem o papel de estimular a resolução extrajudicialmente. Esse é um reflexo da importância de centralizar o interesse do cliente e não apenas a litigiosidade. Isso é capaz de gerar maior pacificação social. É importante trazer essa cultura para o dia a dia das práticas condominiais.

## **5** Papel dos gestores de condomínio no incentivo à mediação e arbitragem.

Gestores de condomínio precisam ter uma forma de comunicação menos violenta, mais orientativa, mais colaborativa. É função social dos trabalhadores do condomínio lembrar que os condôminos moram juntos, que a resolução de conflito via mediação seguida da arbitragem facilitará o convívio. A divisão social em diferentes grupos, cada um gerindo o seu interesse, gera conflito e não ajuda ninguém, apenas divide

## **6** Momentos para utilização de mediação em conflitos condominiais.

Mediação cabe antes, durante e depois do Judiciário ou da arbitragem. A mediação pode ser usada de forma a endereçar temas sensíveis, prevenir a escalada dos conflitos do dia a dia ou de forma a pacificar o conflito negativo existente. O timing é sensível e a solução e o resultado podem ser mais fáceis dependendo do momento do conflito.

## **7** Inserção da mediação na convenção condominial.

Nos condomínios, a mediação pode ser inserida nas convenções como ferramenta de diálogo/negociação. Essa solução mediada ajuda a evitar a contaminação do ambiente do condomínio. Contudo, essa previsão de mediação prévia ainda no âmbito condominial é possível, mas não é vinculativa. É importante haver cláusulas e parágrafos bem claros nas convenções prevendo mediação e custos para horas de mediadores. Importante haver previsão de prazo e responsabilidade pelo pagamento, que pode ser do condomínio (parcial ou total dependendo do tema e envolvidos). A mediação deve ser tratada de forma separada da arbitragem. O artigo 32 da Lei nº 4.591, de 1964 (Lei de Incorporações) permite que novos condomínios já nasçam com a cláusula de mediação e/ou arbitragem prevista na convenção condominial.

## **8 Tendência de validação da cláusula condominial sobre resolução alternativa de conflitos pelo Judiciário.**

Quando o juiz avalia a validade da cláusula condominial a ação tende a ser extinta, pois o Judiciário valoriza e incentiva a resolução de conflitos via formas alternativas. Brasil tem uma cultura de alta litigiosidade. Inspirada por um Judiciário permissivo, justiça gratuita, juizado especial que não cobra. Elementos que estimulam a litigiosidade. Isso tudo gera a cultura do processo.

## **9 Importância de o mediador conhecer o contexto mediado.**

É importante que o mediador conheça o assunto que originou a questão. Se ele desconhecer o contexto, as partes podem não se sentir ouvidas e isso piorará o conflito.

# **TEMAS POSSÍVEIS PARA MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM**

## **1 Mediação e Direito de Vizinhança.**

Campo amplo para utilização da mediação como solução de mérito prévia ao Judiciário. Temas como animais, barulho e outros relacionadas ao dia a dia dos vizinhos são ótimos para serem encaminhados para mesas de mediação.

## **2 A convivência condominial como maior fonte de conflitos.**

Querela entre condômino e condomínio existe, mas a maior fonte de conflitos é entre condôminos, gerada pela convivência. Questões socioculturais, raciais e religiosas são fontes de conflitos. Há a necessidade de empatia. Direito é construído pela prática humana recorrente. Devemos ter mais empatia para que haja uma boa convivência entre as partes.

## **3 Questões subjetivas. Janelas para o diálogo. Mediação e Arbitragem.**

Questão da relação continuada entre os condôminos, como gerenciar a subjetividade do conflito. A subjetividade dos conflitos muitas vezes não é levada em conta no Judiciário e o conflito continua mesmo após sentença. As janelas para a conversa – proporcionadas pela mediação prévia ou incidental – têm sido cada vez mais comuns durante o processo judicial ou a arbitragem.

## **4 Câmera de segurança em condomínio com captação de áudio e arbitragem.**

Captação de áudio sem autorização feriria o direito dos moradores. Entende-se ser caso de arbitragem. Há lei da escuta telefônica que proíbe gravação, a não ser que tenha liberação da justiça. Pode ser considerado crime se praticada. Se houver cláusula compromissória, entende que cabe arbitragem face à administração condominial. recorrente. Devemos ter mais empatia para que haja uma boa convivência entre as partes.

## PRODUÇÃO DE PROVA TÉCNICA EM ARBITRAGEM

### 1 Casos que envolvam questões técnicas.

Para situações ligadas a benfeitorias, cobrança da cota condominial e outras que necessitem de peritos e é necessário haver a produção de prova técnica. É possível trazer o profissional até mesmo em assembleia.

### 2 Análise técnica em mediação. Possibilidade. Parecer de terceiro neutro.

Exemplo de caso de vazamento em imóvel. Necessidade de parecer técnico para decidir. Mediador é um facilitador do processo. Para preencher lacuna técnica e favorecer a comunicação entre as partes, cabe ser trazido um terceiro que traga análise técnica, favorecendo a resolução de conflito. Isso pode ser aplicado em questões familiares, de empresa etc. Princípio da Decisão Informada, permitindo que as partes decidam com informação.

### 3 Como solucionar questão da arbitragem e de prova técnica?

Deve ser feito relatório técnico, a ser submetido ao crivo das partes. Eles indicarão pontos a serem analisados e escrutinados tecnicamente. Não deve ser feita sentença e sim relatório técnico. Na arbitragem, o árbitro poderia ser o perito, mas não há muito espaço para isso.

## A NECESSIDADE DO DESENVOLVIMENTO DA CULTURA DA MEDIAÇÃO E DA ARBITRAGEM NOS CONDOMÍNIOS BRASILEIROS

### 1 A cultura da construção do consenso x a cultura da sentença.

Entende-se que a mediação é um instrumento muito eficaz para solução de conflitos ligados ao direito de vizinhança. É prático, rápido e funciona. Depende da vontade dos envolvidos. Contudo, muitos querem a sentença, para que haja o carimbo para apresentar na frente de todos. O objetivo dessa pessoa não é solucionar o conflito e sim vencer o conflito. Esse comportamento pode prolongar a situação por anos. A existência de cláusula de mediação na convenção de condomínio ajuda. Muitos condôminos já começam a discussão dizendo que não aceitam a cláusula compromissória, tampouco a condição da mediação. A obrigação se restringe a uma única reunião para conhecer o procedimento que é voluntário.

## **2 A semente do conflito. Conflito continuado mesmo após sentença judicial.**

Problema de construção de cultura. A questão de que o vencido não foi convencido. Conflito no Judiciário, que lá foi vencido, as pessoas entendem que acabou. Contudo, a relação condominial é continuada. Quando você tem o conflito instalado ou acontecido, você continua convivendo com aquelas pessoas. Assim, o trunfo da mediação é estabelecer a comunicação a longo prazo. A resolução de conflitos por mediação permite que todos se comuniquem.

## **3 Previsões legais que favorecem a construção da cultura de solução alternativa de conflito.**

Art. 23 da Lei de Arbitragem, por exemplo. A colocação na convenção da previsão de arbitragem e a determinação que ocorra esse rito, com prazo determinado, acaba estimulando as partes. No Judiciário, demora 60 dias apenas para o juiz analisar. As pessoas precisam se convencer de que sairá mais barato resolver por mediação e se precisar seguida de arbitragem será melhor.

## **4 Assembleia quando atinge o quórum atinge todos os condomínios.**

Debate entre o egocentrismo e o ecossistema. Ego sempre quer se colocar na frente do direito da sociedade. Por vezes, síndico tem interesse em colocar a cláusula compromissória. Para alterar a convenção e incluir a cláusula. Conforme a lei, é necessário haver a concordância de 2/3. Tem vezes em que, presente esse quórum, há a inserção. Outras vezes, o 1/3 que não concorda se rebela e impede a colocação da cláusula compromissória, dizendo que não é obrigado a isso, sob a justificativa que a Constituição Federal permite ir ao Judiciário. Por isso, é necessário haver a cultura da mediação. O Judiciário já assumiu como políticas públicas de justiça a mediação, a conciliação e a arbitragem.

EPISÓDIO 02

# Arbitragem e Mediação em Locação

COMISSÃO DE  
ARBITRAGEM  
E MEDIAÇÃO

ANO 2023

# Arbitragem e Mediação em Locação

Reunião Conjunta das Comissões de Arbitragem e Mediação e de Locação e Compartilhamento de Espaço do IBRADIM, de **26.04.2023**

**Convidados:** Ermiro Ferreira Neto, Gabriel Seijo Leal de Figueiredo, Jaques Bushatsky, Pedro Ricardo e Serpa e Waldir de Arruda Miranda Carneiro  
**Moderadora:** Marina Chierighini Lacaz  
**Participantes:** membros das comissões envolvidas e associados IBRADIM

**Coordenadores:** Claudia Frankel Grosman e Francisco Maia  
**Relatora:** Mariana Nogueira Machado Simões  
**Revisora:** Marina Chierighini Lacaz

## EPISÓDIO:

### ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO EM LOCAÇÃO

#### 1 Óbices ainda existentes à arbitragem dos conflitos locatícios.

Despejo é ilustrativo dos problemas. Óbice da aplicação do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”) aos contratos de locação foi relativamente superado. Alguns contratos têm a característica de adesão: análise caso a caso. A Lei de Arbitragem permite a cláusula compromissória em contrato de adesão e a jurisprudência acatou a possibilidade. Ainda há acórdãos contrários à arbitragem no despejo: entendimento de que a Lei nº 8.245, de 1991 (“Lei do Inquilinato”) seria de ordem pública; de que as ações de despejo seriam executivas lato sensu, faltando poder coercitivo aos árbitros; de que a arbitragem seria inadequada para esse tipo de litígio, considerando custo e tempo. Projetos de lei contraditórios: ora estimulando a resolução extrajudicial, ora desestimulando.

#### 2 Ordem pública na Lei do Inquilinato não impede a arbitragem.

Fase de cumprimento do despejo deve ser no Judiciário, mas a arbitragem na fase de conhecimento não fere nenhum princípio da Lei. Lei do Inquilinato não proibiria outra forma de resolução de conflito. O art. 421-A do Código Civil (“CC”) restringe a interferência estatal ao mínimo possível. Empresários podem contratar fazendo previsões sobre despejo. A adoção da mediação não enfrenta os mesmos problemas. O Fórum dos Processualistas Cíveis, no Enunciado 19, concluiu ser admissível uma série de negócios processuais, dentre esses o pacto de mediação e conciliação prévia e a renúncia à audiência de conciliação e mediação.

#### 3 Posição mais refratária à arbitragem.

Judiciário é superestrutura cara e com desafios na sua administração: deveria ser suficiente à resolução dos conflitos. Arbitragem se justificaria para conflitos entre nações. Problemas da arbitragem: ausência de publicidade, com potencial prejuízo ao contraditório e terceiros; ausência de controle judicial; tempo nem sempre menor; custo elevado; possíveis interesses contrários aos dos contratantes.

**3** Indisponibilidade da maior parte dos direitos locatícios. Relevante interesse público da Lei do Inquilinato: função social da propriedade. Norma cogente positiva a ordem pública. Dispositivos legais de ordem pública não poderiam ser afastados pelas partes, ex: artigo 45 da Lei do Inquilinato. A arbitragem deve versar sobre direitos disponíveis (art. 1º da Lei de Arbitragem). Mediação pode versar sobre direitos indisponíveis que admitam transação (art. 3º da Lei de Mediação).

## **4 Arbitragem na resolução dos conflitos locatícios. Cabimento e adequação.**

Justiça multiportas: há diversos métodos de justiça eficaz. Resolução 125 do CNJ. Momento atual da justiça brasileira. Estímulo do Poder Judiciário à adoção de políticas públicas que utilizem métodos extrajudiciais de resolução de conflitos. Criação da CCI e difusão da arbitragem para vários países facilitou relações comerciais internacionais e diplomáticas. O Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) e os tribunais estaduais, no geral, demonstram apoio à arbitragem. A arbitragem não retira a competência do Judiciário. Sua escolha (não imposição) permite que as partes exercitem sua liberdade econômica, corolária da autodeterminação. O artigo 5º da Lei do Inquilinato deve ser harmonizado com o art. 1º da Lei de Arbitragem: o rito é impositivo apenas quando adotada a via judicial. Disponibilidade de direitos não pressupõe ausência de norma de ordem pública (ex: direitos trabalhistas que admitem transação e arbitragens envolvendo a Administração Pública). Arbitragem seria cabível e efetiva para muitos conflitos locatícios, diminuindo custos de transação e permitindo soluções mais rápidas. Há arbitragens e câmaras arbitrais para todos os bolsos.

## **5 Ausência de poder coercitivo não é óbice à arbitragem.**

STJ reconheceu o poder jurisdicional dos árbitros. Os árbitros podem conceder tutelas cautelares de qualquer natureza. Têm poder coercitivo indireto, por terem poderes cautelares e de conhecimento. Podem reconhecer o fim do contrato e determinar a desocupação pelo inquilino. Execução deve ser no Judiciário. Sentença arbitral é título judicial, art. 31 da Lei de Arbitragem. Decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (“TJSP”) no mesmo sentido.

## **6 Extrajudicialização do despejo. Projetos de lei contraditórios e problemas.**

Projeto de lei nº 8.247/21: inadmissibilidade de ação de despejo por processo arbitral. Projeto de lei nº 3.999/20: previsão do despejo extrajudicial. Direções opostas. Projeto 3.999/20 trata sobre despejo por falta de pagamento (maior parte dos despejos), com exame dos requisitos fáticos e decretação do despejo pelo tabelionato e ofício à vara competente para cumprimento. Mudanças no projeto pretendem limitar a análise do tabelião. Projeto de lei nº 4.287 busca impedir a arbitragem nos despejos, mesmo em face de “cláusula compromissória” (erro conceitual).

**6** Motivo exposto parte de premissa equivocada: jurisprudência não é desfavorável, e sim oscilante. Descabida interferência na autonomia das partes, a quem incumbe ponderar sobre os prós e contras da arbitragem.

## **7** Mediação na Locação. Campo fértil.

Uso recorrente em questões de menor porte (locações residenciais e comerciais comuns), mas principalmente em problemas de grande vulto e complexidade, campo em que possui grande eficácia. Exemplos: locações atípicas, como as de shopping centers, contratos build to suit. ações renovatórias e revisionais, conflitos que demandem vitorias complexas (uso de dispute boards), demandas envolvendo mudanças drásticas de mercado etc. Todas essas controvérsias exigem uma ação de cooperação. Mediação traz resolução eficaz e ajuda na manutenção da relação entre as partes.

## **8** Mediação. Vantagens em relação ao litígio (seja judicial ou arbitral).

Importante custo-benefício. Preservação do sigilo. Frequente utilização de técnicos para solução do problema. As partes reconhecem direitos, o que reduz a chance de questionamentos posteriores. Arbitragem nem sempre é rápida (pode demorar mais que um processo judicial, por exemplo, para o despejo). Mediação oferece celeridade. Na mediação podem ser tratados os direitos indisponíveis passíveis de transação. Consenso: diferentemente da arbitragem (meio extrajudicial ainda controverso para certas questões locatícias), mediação é solução adequada para os conflitos locatícios em geral, com boa eficácia e custo-benefício.



EPISÓDIO 03

# Arbitragem e Mediação em Hotelaria

COMISSÃO DE  
ARBITRAGEM  
E MEDIAÇÃO

ANO 2023

# Arbitragem e Mediação em Hotelaria

Reunião Conjunta das Comissões de Arbitragem e Mediação e de Hotelaria e Multipropriedade do IBRADIM, de **24.05.2023**

**Convidados:** Ana Beatriz Barbosa Ponte e Thiago Marinho Nunes

**Moderador:** José Maria Zanocchi

**Participantes:** Membros das comissões envolvidas e associados IBRADIM

**Coordenadores:** Claudia Frankel Grosman e Francisco Maia

**Relatora:** Mariana Nogueira Machado Simões

## EPISÓDIO:

### ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO EM HOTELARIA

#### 1 Panorama histórico do setor hoteleiro.

As cadeias hoteleiras começaram a existir em conjunto com as estradas de ferro no séc. XIX. Eram muito ligadas ao comércio e ao entorno das estações de trem. Quando a família real veio para o Brasil passou-se de estalagens para hotéis. Isso contribuiu para desenvolvimento de grandes hotéis.

Nos anos **1940, 1950** existiam as famílias hoteleiras ligadas aos polos de desenvolvimento de negócios. Nos anos de 1950 surgiram internacionalmente as grandes bandeiras como Holiday Inn. Nos anos de 1960 houve o incentivo fiscal do governo para criação de hotéis.

Nos anos de **1970** surgiram os hotéis para férias e para lazer, juntamente com a Embratur e os incentivos fiscais. Nesse período, vemos o nascimento dos grandes hotéis SENAC e o fomento à indústria hoteleira.

Nos anos de **1980**, os hotéis e as empresas aéreas rompem com a logística da ligação entre transporte de terra e hotéis. Nos anos de 1990 houve o estabelecimento de grandes bandeiras hoteleiras. Entre as décadas de 80e 90, houve uma grande estagnação do setor. A estagnação econômica e a inflação elevada foram elementos que atrapalharam o desenvolvimento do setor.

Nos anos **1990** os fundos de pensão e outros investidores profissionais começaram a aportar capital em hotéis, shopping centers, hospitais, no intuito de cumprir as metas legais de diversidade de investimentos. Porém, fundos de pensão não podiam gerir bens com esse tipo de atividade, o que repercutiu na divisão entre administração e propriedade. Posteriormente, houve a mudança da legislação e os fundos deixaram de investir tanto em tal espécie de empreendimentos.

Nos anos **2010** e seguintes os grandes eventos desportivos como a Copa do Mundo e Olimpíadas trouxeram um “boom” para o mercado, com hotéis, condo-hotéis e outros tipos de empreendimentos afins. Posteriormente, com a COVID a partir do ano de 2020, houve a quebra da demanda, que foi agravada pela pandemia e hoje a indústria está se acomodando.

## **2** Necessidade de qualificação de profissionais e empresas para um bom desenvolvimento dos negócios e o correto estabelecimento das cláusulas contratuais.

É essencial que profissionais e empresas sejam qualificados para promover um bom desenvolvimento dos negócios e estabelecer cláusulas contratuais adequadas. Para evitar conflitos, as empresas devem conhecer o tipo de negócio em que estão envolvidas, a fim de determinar quais cláusulas devem ser incluídas para remediar possíveis disputas. Embora a inclusão da arbitragem e da mediação nos contratos não seja obrigatória, é altamente recomendável em muitos casos.

No entanto, pode haver situações específicas em que esses métodos alternativos de resolução de conflitos não sejam aconselháveis. Em casos mais complexos, pode ser implementada uma cláusula escalonada, que envolve a realização prévia de discussões amigáveis (negociação direta), seguidas de mediação (negociação assistida) ou outros métodos adequados de resolução de conflitos, antes de recorrer à arbitragem propriamente dita, visando a uma solução completa do litígio. Um exemplo prático dessa abordagem seria incluir uma cláusula de resolução de conflitos por meio de um método de Alternative Dispute Resolution (“ADR”) em um contrato de fundos de investimento com um hotel específico. No entanto, é crucial negociar essa cláusula desde o início da elaboração do contrato, a fim de não limitar indevidamente o negócio. Infelizmente, muitas vezes as partes não observam essa precaução necessária.

Comumente, elas simplesmente inserem uma cláusula padrão de arbitragem sem considerar as implicações dessa decisão. Embora possa ser uma prática comum no mercado, pode não se adequar ao caso específico. Com frequência, as partes se limitam a indicar uma câmara de mediação e arbitragem conhecida superficialmente, sem realizar uma pesquisa aprofundada. Isso pode ter implicações financeiras, pois pode levar a contratempos, custos não previstos e dificuldades na resolução da questão.

## **3** Características das cláusulas de mediação e de arbitragem no ramo hoteleiro. Necessidade de adequação caso a caso pelos profissionais que elaboram o contrato. Importância de encontrar a melhor instituição para ambas as partes e defini-la na cláusula compromissória.

As cláusulas de mediação e arbitragem no ramo hoteleiro possuem características específicas. É necessário adaptá-las caso a caso pelos profissionais responsáveis pela importância encontrar a instituição mais adequada para ambas as partes e definir essa escolha na cláusula compromissória. É essencial compreender que a cláusula de mediação e arbitragem é autônoma, sendo um contrato dentro de outro. Recomenda-se que as partes construam uma cláusula de resolução de conflitos no ramo hoteleiro personalizada, ou seja, “tailor-made”. É fundamental aprofundar a pesquisa e encontrar a instituição mais adequada para o cliente. No caso da arbitragem no Brasil, é preferível que seja administrada por uma instituição arbitral reconhecida.

### **Diferenças da Mediação e da Arbitragem.**

No que diz respeito à mediação, é crucial compreender que ela pode resultar em uma resolução de conflitos que evita custos desnecessários associados ao prolongamento do litígio.

**3** Se as partes optarem por uma mediação prévia e ela for bem-sucedida, os custos podem ser significativamente reduzidos. Por outro lado, a condução de um procedimento arbitral até o final pode implicar em despesas consideráveis desde o início. Portanto, é necessário prever desde o início como será realizada a arbitragem ou a mediação. Se as partes não discutirem esse assunto, poderão enfrentar dificuldades financeiras no caso de ocorrer um conflito.

#### **4 Efeitos da pandemia no setor hoteleiro. Impactos jurídicos na solução alternativa de questões.**

Os efeitos da pandemia no setor hoteleiro têm sido particularmente adversos. Isso tem gerado discussões diversas, como paralisação de obras e renovação de contratos fora dos prazos estabelecidos, entre outros exemplos. Essas questões envolvem aspectos complexos e teses jurídicas sofisticadas, que exigem um tratamento especial. Elas podem ser adequadamente resolvidas por meio de arbitragem, assim como por outros métodos alternativos de resolução de conflitos. Há um equívoco comum de que a arbitragem é um processo rápido, mas nem sempre é o caso. Em alguns casos, pode durar até 3 anos ou mais. Na arbitragem, é possível recorrer a procedimentos mais sofisticados de produção de provas, como perícias, que são regidos por regras específicas do setor. A produção de provas tende a ser mais complexa nesses procedimentos, com uma abordagem mais minuciosa e especializada.

#### **5 Importância da intenção das partes quando se sentam em uma mesa de mediação.**

Em uma mediação, é fundamental que as partes participem do procedimento com animus mediandi, agindo de boa-fé. Elas devem estar prontas para buscar uma solução efetiva para o conflito e sua causa raiz, ao invés de se envolverem em litígios ou tentar “ganhar o caso”. É essencial que as partes tenham a capacidade de dialogar entre si e demonstrar empatia pela outra parte. A parte A deve ser capaz de compreender a posição da parte B em relação ao conflito e vice-versa.

#### **6 Importância da colaboração do advogado. Dever de colaboração.**

O objetivo principal do advogado nem sempre deve ser apenas ganhar o caso, mas sim buscar a resolução do conflito. Torna-se problemático quando o advogado tem como único interesse a obtenção de honorários sucumbenciais. O fato de muitos advogados se tornarem partes interessadas no conflito através desses honorários não contribui para uma conclusão justa do litígio.

## **7** Diferenças culturais no setor hoteleiro. Importância de entender a outra parte para deslinde das negociações e a resolução de conflitos. A questão da visão de diferentes culturas e valorização da pluralidade.

Quando se lida com negociações envolvendo culturas e bandeiras diferentes no ramo hoteleiro, é necessário desenvolver sensibilidade em relação à cultura do outro e compreender sua importância. Isso impacta no entendimento das partes sobre a questão em foco e traz uma série de reflexões sobre os direitos envolvidos. Além disso, é crucial ter uma compreensão da cultura da marca, bem como da cultura do país de origem das partes. Todos esses elementos se relacionam com a natureza dos negócios de cada empresa e estão presentes nos contratos de administração e de franquia. Na mediação e arbitragem, é necessário que todas essas questões sejam levadas em consideração. Em um condomínio-hotel, por exemplo, pode haver a obrigatoriedade de intervenção nos 3 primeiros anos de funcionamento, com uma contabilidade conforme as regulamentações da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), além da necessidade de fiscalização por um auditor independente. Essas questões frequentemente podem resultar em conflitos. Portanto, é importante que se compreenda o ponto de vista do outro e entenda suas razões. Nesse contexto, o uso da mediação é recomendado para que as partes possam compreender o motivo do conflito de cada uma. Se as partes puderem entender as motivações umas das outras por meio de conversas e entendimentos gerenciados por um mediador, isso contribuirá para a solução das questões de forma satisfatória para ambas as partes.

## **8** Pontos a serem considerados no deslinde de um conflito no setor hoteleiro. Tanto no caso de realização de mediação, arbitragem ou judicial. Importância de entender o cerne do conflito e as prioridades a serem estabelecidas.

- Ponto 01.** O que é importante para o negócio?
- Ponto 02.** O que se deseja manter após uma negociação?
- Ponto 03.** Qual é a natureza do seu negócio?
- Ponto 04.** Quais as chances de conseguir obter o que a parte deseja?
- Ponto 05.** Quais elementos serão passíveis de alcance na negociação e que permitirão de desenvolver o negócio?
- Ponto 06.** Quais são as prioridades?

## **9** Importância de conhecer o seu negócio, a sua região, seus concorrentes para conseguir negociar melhor no setor hoteleiro. Necessidade de diversificação na oitiva de propostas de administradores. Importância da definição do seu negócio.

É de extrema importância no setor hoteleiro conhecer o próprio negócio, a região em que está inserido e os concorrentes, a fim de obter uma negociação bem-sucedida.

9

Além disso, é essencial diversificar as opções de administradores a serem considerados. Definir claramente o tipo de negócio que se pretende estabelecer é um aspecto de grande importância. Recomenda-se buscar parcerias diversificadas, consultando várias bandeiras e diferentes proprietários. Ouvir diferentes propostas permite avaliar o que seria mais adequado para cada caso, o que faz diferença durante uma negociação. É crucial revisar questões financeiras, como a origem do financiamento ou recursos necessários para viabilizar o empreendimento. Deve-se examinar cuidadosamente as opções de financiamento disponíveis, como bancos nacionais ou internacionais, por exemplo. É fundamental estabelecer o formato do hotel ou o tipo de empreendimento desde o início da negociação. Além disso, é necessário definir o nível de intervenção da bandeira, como requisitos de investimento e capital nacional, bem como até que ponto os proprietários terão poder de discussão e aprovação de orçamento, pontos de reinvestimento, entre outros aspectos relevantes. Uma das questões mais importantes e negociadas é a obrigatoriedade de prestação de contas. Ao considerar todos esses pontos, é possível realizar negociações mais sólidas e efetivas no setor hoteleiro, aumentando as chances de sucesso do empreendimento hoteleiro.

10

## Cláusulas compromissórias em contratos no setor hoteleiro. Prática de mercado. Sugestão para a atualidade.

Ao longo da história, os contratos hoteleiros tradicionalmente incluíam duas cláusulas fundamentais: (i) uma cláusula exigindo negociações prévias obrigatórias; (ii) caso surgisse alguma controvérsia técnica (como de engenharia, contabilidade, entre outras), a questão seria submetida à perícia, na qual um perito decidiria a questão ou, caso a perícia não resolvesse, as partes recorreriam à arbitragem. Ao longo do tempo, esse modelo de cláusula de resolução de disputa tem evoluído com as mudanças e especializações das câmaras arbitrais. Por isso, é recomendável buscar especialistas no setor para uma orientação adequada. Se a parte é do ramo hoteleiro, é aconselhável consultar outros especialistas em direito, tanto em litígio como em negociações e contabilidade, dependendo do assunto em questão. O início de um processo de arbitragem está intrinsecamente relacionado ao que está previsto no contrato. É na redação da cláusula que se pode prever as possibilidades de recorrer à arbitragem, considerando que pode haver uma cláusula específica para o investidor, outra para a bandeira do hotel e outra para terceiros não signatários, por exemplo. Portanto, é importante compreender a evolução das cláusulas de resolução de disputa nos contratos hoteleiros e buscar especialistas no setor para garantir que as cláusulas sejam adequadas às necessidades específicas de cada caso. Isso contribui para um processo de arbitragem eficiente e eficaz.

11

## Elementos necessários a uma cláusula compromissória. Importância da eficácia da cláusula.

Para garantir uma arbitragem eficiente e eficaz, que reduza os custos de transação, é recomendável adotar uma cláusula de arbitragem “cheia” que seja abrangente e detalhada, contendo alguns elementos essenciais. Esses elementos incluem, exemplificativamente:

- a. **Regulamento arbitral.** É importante selecionar um regulamento de Câmara que atenda às necessidades das partes. Um bom regulamento pode substituir soluções que as partes poderiam buscar no Código de Processo Civil (“CPC”), por exemplo.

11

**b. Composição do tribunal arbitral.** As partes devem prever o número de árbitros, geralmente 3 ou 1, para evitar problemas na formação do tribunal arbitral e possíveis desgastes nesse processo.

**c. Idioma.** Normalmente, investidores estrangeiros exigem que o procedimento arbitral seja conduzido no idioma de origem. No entanto, se o procedimento for realizado no Brasil, optar por um idioma estrangeiro pode encarecer o processo. É importante considerar esse aspecto.

**d. Escolha da sede da arbitragem.** Ao escolher a sede da arbitragem, é necessário levar em conta o relacionamento com o Poder Judiciário, que poderá ser acionado para cooperar com o tribunal arbitral. Embora o tribunal arbitral tenha autonomia em relação ao Judiciário nas questões de mérito, é importante lembrar que o poder de coerção é um monopólio do Estado. Questões de enforcement, como intimar testemunhas relutantes, dependem da cooperação da jurisdição estatal. Portanto, é preferível lidar com uma jurisdição estatal que esteja familiarizada com a arbitragem e esteja disposta a cooperar com o tribunal arbitral. No Brasil, por exemplo, existem fóruns que criaram varas especializadas em arbitragem, como São Paulo, Rio de Janeiro, Curitiba, Belo Horizonte e Porto Alegre. Essas varas empresariais contam com magistrados que possuem conhecimento na área e podem contribuir para um processo arbitral mais eficiente. Em suma, ao elaborar uma cláusula de arbitragem, é fundamental considerar todos esses elementos para garantir um processo de arbitragem bem estruturado, eficiente e que atenda às necessidades das partes envolvidas.

12

## Sucumbência em arbitragem e mediação.

É importante esclarecer que, diferentemente do que muitos advogados acreditam, não há a aplicação de honorários sucumbenciais em procedimentos arbitrais ou em mediação. Em geral, clientes estrangeiros não estão familiarizados com o conceito de sucumbência presente no CPC brasileiro. Em vez disso, o que normalmente ocorre é o reembolso dos honorários advocatícios, desde que dentro de um limite razoável estabelecido.

13

## Normas gerais internacionais recomendadas para aplicação na resolução alternativa de conflitos no setor hoteleiro.

No setor hoteleiro, existem normas específicas internacionalmente reconhecidas, especialmente no campo da contabilidade hoteleira. Essas normas regulamentam conceitos e práticas exclusivas da indústria hoteleira e são amplamente aceitas por todos os participantes do mercado. Um exemplo notável dessas normas é o “Uniform System Accounts for the Lodging Industry”, que representa uma ferramenta valiosa a ser considerada em processos de mediação e arbitragem, como uma forma de “soft law”.

14

## Arbitragem em questões multipartes

A Câmara Portuguesa de Comércio lançou um regulamento específico para arbitragens coletivas, com o objetivo de oferecer uma solução para casos envolvendo múltiplas partes, como investidores em empresas de capital aberto.

14

Muitos regulamentos buscam estabelecer uma uniformidade de procedimentos, de forma que todos os conflitos decorrentes de um determinado negócio sejam resolvidos por um mesmo tribunal arbitral. No entanto, é importante ressaltar que a arbitragem, mesmo quando envolve várias partes, deve ser baseada em consenso mútuo. O STJ prevê algumas situações em que é permitida a união de diversos contratos em um único processo arbitral, quando há uma unidade econômica na questão em disputa. Nesses casos, diversos investidores podem se unir com base em seus investimentos e cláusulas contratuais para solicitar a arbitragem, caso acreditem que a gestora não está cumprindo a cláusula de prestação de contas. O tribunal arbitral deve avaliar se possui jurisdição sobre os diversos contratos, seguindo o princípio da kompetenz-kompetenz. Em situações como essas, é necessário apresentar provas de que as partes concordaram em resolver todas as questões por meio de um único procedimento.



12

## **A arbitragem e a formação da coisa julgada. A necessidade de avaliar se a arbitragem é a melhor ferramenta para solução de conflito no setor hoteleiro.**

A arbitragem e a formação da coisa julgada são aspectos importantes a serem considerados ao avaliar se esse método é a melhor opção para solucionar conflitos no setor hoteleiro. A arbitragem é um procedimento utilizado para resolver controvérsias entre partes que concordam em se submeter a ele. Uma vez proferida a decisão arbitral, esta é irrecorrível, o que resulta na formação da coisa julgada em relação ao mérito da questão submetida ao tribunal arbitral validamente constituído. Portanto, é essencial analisar cuidadosamente se a arbitragem é adequada e útil para o cliente, levando em conta que, em geral, não há possibilidade de recurso contra a sentença arbitral. A anulação da sentença arbitral só é cabível em situações previstas em lei. É preciso ponderar que a arbitragem nem sempre é a melhor solução para todos os conflitos, inclusive no setor hoteleiro. É importante que as partes busquem prevenir litígios e contem com profissionais qualificados para resolver suas questões.

**EPISÓDIO 04**

# Arbitragem e Mediação em Contencioso Imobiliário

COMISSÃO DE  
ARBITRAGEM  
E MEDIAÇÃO

**ANO 2023**

# Arbitragem e Mediação em Contencioso Imobiliário – produção antecipada de provas

Reunião Conjunta das Comissões de Arbitragem e Mediação e de Contencioso Imobiliário do IBRADIM, de **21.06.2023**

**Convidados:** Ana Marcato

**Moderador:** Umberto Bara Bresolin

**Participantes:** membros das comissões envolvidas e associados IBRADIM

**Coordenadores:** Claudia Frankel Grosman e Francisco Maia Neto

**Relatora:** Marina Chierighini Lacaz

## EPISÓDIO:

### ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO EM CONTENCIOSO IMOBILIÁRIO - produção antecipada de provas

#### 1 Problemática da produção antecipada de provas ante convenção de arbitragem.

Direito decorre dos fatos. Conhecimento e comprovação dos fatos orientam decisão sobre litigar e calibram perspectivas de êxito. Com frequência, questão técnica antecede juízo de valor e juízo jurídico. Imprescindível ter o advogado conhecimento prévio da prova (elemento essencial do processo).

O CPC/15 contempla o que doutrina já admitia: **produção autônoma da prova**; direito à prova não se confunde com direito material em disputa. Antes do CPC/15, cautelar de produção antecipada de prova servia para averiguar fato com potencial modificativo no tempo, exs: vistoria **ad perpetuum**; oitiva de testemunha com morte iminente; situações de muita urgência. Como os fatos nem sempre são claros de antemão, o CPC/15 prevê antecipação de prova em **ação autônoma**, inclusive **sem necessidade urgência** (incisos II e III do art. 381). Objetivos de viabilizar autocomposição e evitar ajuizamento de ação (sentido amplo: demanda arbitral ou judicial). Questões postas: (i) havendo convenção de arbitragem, a prova deve ser requerida/ produzida perante juiz togado ou árbitro? (ii) solução é a mesma com ou sem urgência? (iii) é diferente se a prova versar sobre fatos relacionados à incidência da convenção? e (iv) mediação pode servir como solução? Em que momento?

#### 2 Produção autônoma de provas no CPC/15 (art. 381).

O CPC/73 continha previsão específica e pontual sobre a antecipação de provas, condicionada à urgência (art. 846). Servia para situações extremas. Judiciário já permitia ações de conteúdo probatório em geral, com base no direito autônomo à prova (precursor: Yarshell), hoje amplamente reconhecido pela doutrina. O CPC/15 consagrou essa ideia, trazendo hipóteses mais amplas. Inciso I do art. 381 trata da ação que busca produção de prova com urgência e, incisos II e III, prova sem urgência. Pode servir ou não à instrução de ação futura. Natureza não contenciosa: não se aprecia mérito da demanda ou qualidade da prova, mas, apenas, regularidade do procedimento de colheita probatória. Não se confunde com requerimento de prova dos art. 396 e ss do CPC/15, que ditam critérios gerais.

### 3 Presente a urgência (art. 381, I), juiz estatal tem jurisdição precária.

Não há na Lei de Arbitragem dispositivo específico sobre produção antecipada de provas, mas há previsão de tutela de urgência pré arbitral ou no curso do procedimento (arts. 22-A e 22-B, respectivamente). Texto original da Lei não previa, embora situação fosse corriqueira. Doutrina e jurisprudência então pacificadas: em caso de urgência, pode-se prescindir da instauração do procedimento arbitral e acionar diretamente o Judiciário para evitar perecimento da prova (ex: prova de desequilíbrio contratual; solo mais resistente, constatado após escavações; continuidade da obra e chuvas que podem impedir prova posterior das condições do solo). Instituída depois a arbitragem, cabe aos árbitros ratificar, ou não, a medida. Para acionar o juiz estatal a convenção não pode ser contrária. Há convenções que remetem a regulamentos de câmaras prevendo **árbitro de emergência**, casos em que este deve apreciar a tutela de urgência. Corrente contrária: medida custosa e, mesmo com rito reduzido, pode demorar até 30/40 dias até apreciação. Custas das câmaras são menos acessíveis do que as do Judiciário para essa medida específica. Se o juízo arbitral já estiver constituído, tutela de urgência é lá requerida diretamente. Cumprimento da ordem via cooperação com o Judiciário (carta arbitral). Em jurisdição precária, juiz estatal costuma ser mais célere.

### 4 Ausente a urgência (art. 381, II e III), divergência quanto à competência do árbitro.

Parte da corrente contrária: Judiciário seria sempre competente, ante à inafastabilidade da jurisdição. Outra parte: natureza não litigiosa das demandas dos incisos II e III: se ausente análise de mérito, não há ofensa à competência arbitral. Corrente oposta (pela competência exclusiva do árbitro): não havendo urgência ou árbitro de emergência, afastada competência do juiz estatal pelo efeito negativo da cláusula compromissória. Competência do Judiciário somente provisória (fundamento principal: art. 22-A da Lei de Arbitragem). Julgado recente do STJ no mesmo sentido (Resp nº 2.023.615/SP).

- **Debate:** posição contraditória do STJ. Raciocínio do acórdão não é o mesmo para o despejo de locação com convenção arbitral. STJ afasta competência do árbitro pela natureza da ação de despejo (executiva lato sensu); via arbitral tida como inadequada. Jurisprudência ainda oscila. Não deveria a lógica da separação da ordem e do ato de força (árbitro aprecia e Judiciário executa) se aplicar ao despejo?
- **Debate:** jurisdição voluntária e efeito negativo da convenção. Em caso de prova desvinculada de conflito ou análise de mérito, convenção genérica (sem referir quais questões estariam sob a jurisdição arbitral) afastaria a jurisdição estatal? Divergência. Pelo afastamento: árbitro é investido de poder jurisdicional amplo; efeito negativo tem aplicação geral, exceto se expressamente excepcionada a jurisdição arbitral; são raras convenções tão genéricas. Em prol da jurisdição estatal: eventual prevalência do art. 381 (norma especial que regula demanda judicial); corrente que prega interpretação restritiva da convenção: limites objetivos e de observância obrigatória (autonomia das partes).

Assim ementado: "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS, COM FUNDAMENTO NOS INCISOS II E III DO ART. 381 DO CPC/2015 (DESVINCULADA, PORTANTO, DO REQUISITO DE URGÊNCIA/ CAUTELARIDADE) PROMOVIDA PERANTE A JURISDIÇÃO ESTATAL ANTES DA INSTAURAÇÃO DE ARBITRAGEM. IMPOSSIBILIDADE. NÃO INSTAURAÇÃO DA COMPETÊNCIA PROVISÓRIA DA JURISDIÇÃO

ESTATAL, EM COOPERAÇÃO (ANTE A AUSÊNCIA DO REQUISITO DE URGÊNCIA). RECONHECIMENTO. INTERPRETAÇÃO, SEGUNDO O NOVO TRATAMENTO DADO ÀS AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS (DIREITO AUTÔNOMO À PROVA) PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ, Resp nº N° 2.023.615 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, j. em 14.03.2023).

## 5 Competência arbitral para prova de fatos relacionados à incidência de convenção arbitral.

Produção autônoma de provas sobre fatos relacionados à incidência da convenção. Aplica-se o princípio da competência-competência, art. 8º da Lei de Arbitragem e, portanto, a competência primeira é da jurisdição arbitral.

## 6 Análise da conveniência em litigar e entre arbitrar ou judicializar.

Análise econômica do litígio é necessária na avaliação da conveniência em litigar. Além da natureza do litígio, confidencialidade, especialidade, tempo e custos envolvidos, entre outros, elementos fáticos são relevantes na estratégia jurídica/ contenciosa. A produção antecipada de provas fornece elementos por vezes cruciais nessa análise. Exs: prédio com risco de demolição e provas prévias indicando movimentação natural do terreno: demanda será cara e inexitosa. Ações revisionais, renovatórias, possessórias e demarcatórias envolvem questões fáticas que podem impactar drasticamente decisão por demandar. Análise econômica é também relevante na escolha da via mais adequada para a produção da prova. Ex: tentativa de acionar máquina judiciária mesmo ante convenção arbitral pode reduzir custos e tempo. Atenção, porém, ao princípio da **kompetenz-kompetenz** e efeito negativo da cláusula, que levam ao afastamento da justiça estatal se ausente a urgência. De outro lado, documentos altamente técnicos, conjuntos probatórios volumosos e alta complexidade fática podem ser bem administrados na via arbitral.

## 7 Cuidados na estipulação e redação da cláusula compromissória.

Não se recomenda “cláusula da meia noite”. Necessário atentar às características de eventual litígio, regular medidas de urgência e hipótese de antecipação de provas. Por meio de boa redação, pode-se fixar, sem margem a dúvidas, ampla competência do árbitro para todas as hipóteses do art. 381 do CPC/15. Possível, ainda, excepcionar totalmente o juízo arbitral; ou, por fim, escolher em quais dos juízos levará cada tipo de demanda. Escolha entre Judiciário e arbitragem é de extrema importância: sistemas que orbitam de modo diferente, mas que por vezes se encontram.

## 8 Mediação no contexto da produção autônoma de provas.

Em que momento se abrem as janelas de oportunidade para mediação? Nem sempre melhor momento é antes da produção da prova. Se anterior ao litígio (por ex, em substituição à ação de produção de provas): reunião de elementos de prova e convicção prévia dos fatos, para compreensão das fragilidades e munições de parte a parte, evitando litígio. Mediação durante litígio (arbitral ou judicial): cabível em conflitos escalonados/ alta beligerância (**princípio da decisão informada**: facilitação ou desistência de acordo à presença de informação compartilhada entre as partes). Mediação posterior à produção antecipada de provas: mais frequente. Partes cientes de suas fragilidades e vantagens: produção antecipada de provas como facilitador da autocomposição via mediação. Exs.: (i) infiltração atribuída ao vizinho; em mediação, constata-se vício no próprio imóvel; ação contra vizinho evitada; e (ii) averiguação de metragem via mediação pode ser adequada para instruir ou evitar litígio sobre remarcação de terra. Mediação também serve à solução de problemas de competência. Consenso: solução adequada aos problemas de pouca clareza fática; espaço de conversa assistido e sem efeito colateral.

**EPISÓDIO 05**

# Arbitragem e Mediação em Família e Sucessões

COMISSÃO DE  
ARBITRAGEM  
E MEDIAÇÃO

**ANO 2023**



**IBRADIM**  
INSTITUTO BRASILEIRO  
DE DIREITO IMOBILIÁRIO

# Arbitragem e Mediação em Família e Sucessões - planejamento patrimonial

Reunião Conjunta das Comissões de Arbitragem e Mediação e de  
Família e Sucessões do IBRADIM, de **19.07.2023**

**Convidados:** Daniel Bushatsky

**Participantes:** membros das comissões  
envolvidas e associados IBRADIM

**Coordenadores:** Claudia Frankel Grosman,  
Francisco Maia e Vanessa Scurto

**Relatora:** Marina Chierighini Lacaz

## EPISÓDIO:

### ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO EM FAMÍLIA E SUCESSÕES - planejamento patrimonial

#### 1 Temática.

**Planejamento patrimonial e as soluções adequadas de conflito.** Os meios alternativos são importantes na solução de conflitos relacionados ao planejamento patrimonial. Necessário desmistificar a assertiva de que matérias de família e sucessões não são arbitráveis. Ainda que haja direitos indisponíveis, questões patrimoniais e diversas repercussões dos direitos de família e sucessões podem ser objeto de arbitragem.

#### 2 Introdução.

A interseção entre planejamento patrimonial e os métodos alternativos de solução de conflitos é clara, mas nem sempre refletida. É frequente, nessa área, o conflito movido por emoções, para o qual a mediação se adequa perfeitamente. Caso: testamento de viúva; uma filha ficaria com um apartamento e, os demais, com outros imóveis (herança de 100 milhões para cada um dos 4 filhos); primogênito questionou o testamento depois do óbito, a respeito de bens móveis de pouco valor. Mediação com reconhecimento sobre o direito de cada um a determinados bens móveis.

#### 3 O que é planejamento patrimonial?

**Conceito (funções):** (i) meio utilizado em vida para preservação dos bens e da família; (ii) forma de redistribuição dos bens entre herdeiros, sem prejuízo da organização; (iii) meio de proteção contra desgastes familiares; (iv) um dos modelos para organizar sucessão hereditária e disputas futuras; e (v) ferramenta para economia de custos “póstumos”.

4. Alerta: a presente pílula foi extraída da reunião. O leitor deve ter cautela com a descontextualização de alguns comentários, bem como o caráter coloquial das informações.

**3** **Metas** do planejamento patrimonial: [a] perenidade do patrimônio, [b] prevenção de conflitos, [c] eficiência tributária, [d] organização patrimonial e [e] “blindagem patrimonial” <sup>[5]</sup> .  
Obs.: são frequentes a falta de recursos para o ITCMD e divergências sobre o valor dos bens: Planejamento busca eficiência tributária (considerando ainda a incidência de IR, ITBI e ITCMD): avalia-se o patrimônio e se faz “blindagem patrimonial” (uma das ferramentas possíveis para essa meta, embora não a única).

### 3.1 Cada caso é um caso

O planejamento patrimonial de cada família é único. Em geral, passa por organização societária para maior equilíbrio patrimonial e profissionalização da administração dos bens. Para averiguar a melhor solução em cada caso, devemos:

- a. Olhar para a família.** Avaliar possíveis impasses, verificar se será necessária extinção de condomínio, entender os sentimentos envolvidos etc. Olhar para a família para prevenir conflitos. Nesse sentido, vide conceito de governança familiar, segundo o Dicionário de Governança (IBGC) . <sup>[6]</sup>
- b. Olhar para o patrimônio.** Mapear os bens para a devida equalização patrimonial; considerar a desoneração e/ou substituição de garantias reais, com vistas à perenidade do patrimônio.
- c. Olhar para a empresa.** Perfil das empresas familiares brasileiras: 19% agronegócio; 17% atacado e varejo; 13% serviços; 8% bens de consumo etc.. Estatística das empresas familiares (exs.): apenas 3% chegam à quarta geração (obs.: junção de 4 gerações gera conflitos difíceis de se conciliar); 6,1% enxergam opção de expansão via mercado de capitais e apenas 27,3% possuem plano de sucessão. <sup>[7]</sup>

### 3.2 Estrutura societária.

Se adotada a organização societária, necessário pensar na estrutura da holding patrimonial. A holding é basicamente uma sociedade anônima ou limitada na qual se integraliza bens e/ou se centraliza a gestão de imóveis ou negócios familiares. A “holding mista” controla imóveis e negócios. Terá um contrato ou estatuto social e um acordo de sócios, o qual vai disciplinar a solução de conflitos. Muitas famílias constituem off shores, cujos estatutos preveem solução específica de conflitos (ex.: trust, um terceiro que dirá como o conflito será resolvido) e fundos exclusivos de investimento (controlados por 1 ou mais pessoas da família), também prevendo formas próprias de solução de controvérsias. Obs.: há projeto de lei sobre planejamento patrimonial que estimulará a arbitragem nesse tipo de conflito.

[5] É preciso tomar cuidado com o uso do termo, pois sem explicação torna-se ambíguo. Melhor utilizar “redução de risco patrimonial”.

[6] In verbis: “[s]istema pelo qual a família desenvolve suas relações e atividades empresariais, com base em sua identidade (valores familiares, propósito, princípios e missão) e no estabelecimento de regras, acordos e papéis. Seu objetivo é obter informações mais seguras e com mais qualidade na tomada de decisões, auxiliar na mitigação ou eliminação de conflitos de interesse, superar desafios e propiciar a longevidade dos negócios”. (Disponível em <https://www.ibgc.org.br/blog/governanca-familiar>).

[7] Fonte: KPMG disponível: <[https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2021/02/Retratos\\_Familia.pdf](https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2021/02/Retratos_Familia.pdf)>

### 3.3 Acordo de sócios e empresa familiar.

Acordo de sócios como instrumento fundamental na organização da Governança Corporativa na empresa familiar (definição de Marcelo Bertoldi) .<sup>[8]</sup>

## 4 Mediação e Arbitragem

**Importância dos Métodos Adequados de Solução de conflitos (“MASC”):** função primordial do Poder Judiciário é solucionar conflitos de interesses, não só pela organização dos serviços processuais, como dos mecanismos alternativos, em especial os meios consensuais, como a mediação e a conciliação (Prof. Kazuo Watanabe) <sup>[9]</sup>. Vale lembrar: art. 3º, §§1º e 3º do CPC (admitindo a arbitragem, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual, que devem ser estimulados) e art. 4º do CPC (direito das partes à razoável duração do processo, tanto na solução do mérito quanto na atividade satisfativa).

### 4.1 Mediação

**Conceito:** art. 1º da Lei de Mediação <sup>[10]</sup>. Importantíssima nessa seara. Usual em acordos de sócios e de acionistas, sem prejuízo de inserção no contrato social. Costuma solucionar ao menos parte do conflito (senão ele todo). Ex.1: conclusão sobre o valor da **holding**, para posterior litígio sobre as condições de pagamento. Ex. 2: definição sobre titularidade de bens móveis. A mediação soluciona, portanto, o conflito ou permite “fatiar” as questões envolvidas, para bem direcionar a controvérsia e litigar sobre o que realmente demandar litígio.

- a. **Dados (Fundação Getúlio Vargas - FGV) :** a mediação cresceu consideravelmente na pandemia. Disputas mais levadas: contratos empresariais, demandas societárias, construção civil e energia. Média de acordo: entre 30 e 50%. Em 2020, valores ultrapassaram 20 milhões.
- b. **Sugestão de cláusula no acordo de sócios:** vide site da Câmara de Arbitragem e Mediação Brasil-Canadá (“**CAM-CCBC**”) <sup>[12]</sup> . Importante prever multa caso não se observe a cláusula de mediação, a fim de se evitar o litígio. Obs.: frequente a mediação durante o conflito, em especial quando há desconforto com os julgadores ou com as chances de êxito.
- c. **Julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:** para a efetividade da mediação, as partes precisam querer mediar. <sup>[13]</sup>

[8] In verbis: “Instrumento fundamental para a organização da Governança Corporativa na empresa familiar, o acordo de sócios, também chamado de acordo de acionistas, acordo societário ou contrato societário, é o instrumento pelo qual os sócios de uma empresa familiar procuram regular seus direitos e deveres, voltando suas preocupações com a perpetuidade da organização e harmonia entre seus membros”.

[9] Para texto integral, acessar: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>.

[10] Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único. 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”.

[11] Disponível em: [https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2023/05/Mediacao-em-Numeros\\_RelatorioPesquisa.pdf](https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2023/05/Mediacao-em-Numeros_RelatorioPesquisa.pdf).

[12] Acessar: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/modelos-de-clausula/>.

[13] TJ-SC, Segunda Câmara de Direito Civil, AC: 03027696320188240023 Capital 0302769 63.2018.8.24.0023, Relator: Bettina Maria Maresch de Moura, Data de Julgamento: 18/06/2020,

## 4.2 Arbitragem.

**Conceito:** art. 1 da Lei de Arbitragem <sup>[14]</sup>. Adequada para questões patrimoniais (há muitos direitos disponíveis em matéria de planejamento patrimonial). É válida a cláusula compromissória em acordo de sócios ou contrato social de holding patrimonial.

**Principais características:** (i) regulada pela Lei de Arbitragem; (ii) fundada na autonomia da vontade: requer manifestação inequívoca de ambas as partes; (iii) celeridade (?): nem sempre, depende da complexidade, embora tenha rito mais curto; (iv) confidencialidade (?): nem sempre, depende da convenção arbitral e/ou do regulamento da câmara; (v) tecnicidade (?): depende de as partes escolherem árbitros técnicos (o mesmo na mediação); (vi) custo excessivo para as partes (?): relativo, pois custos de transação são altos no processo; (vii) execução específica da sentença arbitral: sim, é título executivo judicial; e (viii) método impositivo de solução de conflito. Obs.: a Lei de Arbitragem foi atualizada pela Lei 13.129/15, que confirmou a possibilidade de arbitragem no direito público e regulou a carta arbitral e as tutelas cautelares e de urgência.

**a. Benefícios concretos.** Pesquisa do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAR <sup>[15]</sup> apontou como principais benefícios: caráter técnico e qualidade das decisões; tempo para solução dos conflitos; e oportunidade de indicar ou participar da escolha dos árbitros. Benefícios pouco mencionados: confidencialidade, flexibilidade, informalidade, independência e imparcialidade dos julgadores, menor custo total e previsibilidade das decisões.

**b. Sugestão de cláusula no acordo de sócios:** vide site da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da CIESP-FIESP ("**CAM-CIESP**" <sup>[16]</sup>). Importante: há cláusulas escalonadas, que preveem a mediação como etapa intermediária (às vezes anterior ao conflito, mas também durante ou depois).

**c. Julgado do Tribunal de Justiça do Ceará:** caso de apuração de haveres (acordo de sócios com cláusula compromissória; competência do juízo arbitral) . <sup>[17]</sup>

**d. Ex. de caso emblemático (Gugu Liberato):** disputa entre ex-esposa, companheiro e filhos; questões de herança, união homoafetiva; "família-mosaico", conceito familiar moderno securitária (obs.: seguro não entra no inventário) e de preterição de herdeiros.

## 5 Algumas conclusões.

(i) os casos são muito diversos e a análise é casuística; (ii) planejamento patrimonial visa à preservação do patrimônio, da família e da empresa; (iii) necessário pensar nas vantagens e desvantagens da arbitragem; (iv) o CPC/15 ajudou a fortalecer os métodos alternativos e adequados de solução de conflitos; (v) convenções por MASC precisam ser bem estipuladas (obs.: não se recomenda cláusula da "meia noite" e modelos, pois cláusula mal feita pode implicar custo maior até mesmo do que o ganho potencial), devendo-se cogitar também de disposição que permita renegociação de convenção mal feita; e (v) os métodos de solução de conflitos devem estar/ ser adequados a cada perfil de família e ao planejamento sucessório do caso (mesmo racional do planejamento sucessório, que deve se adequar a cada tipo de família).

[14] "Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

[15] Disponível em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2021/09/pesquisa-cbar-ipsos-2021-arbitragem-nobrasil.pdf>.

[16] Acessar: <http://www.camaradearbitragem.org.br/pt/res/docs/20220405-modelos-de-clausulas-arbitragem-emediacao.pdf>.

[17] TJCE, 1ª Câmara Direito Privado, ACT: 01176852220198060001 Fortaleza, Relator: HERACLITO VIEIRA DE SOUSA NETO, Data de Julgamento:

## 6 Sugestões de leitura e séries.

### Artigos:

“Série de 10 Artigos sobre a Importância do Planejamento Patrimonial Sucessório” (Daniel Bushatsky)<sup>[18]</sup>; “Planejamento Patrimonial e Sucessório não é apenas abrir uma Holding”<sup>[19]</sup>; “Especialistas alertam para carga tributária em outros países”<sup>[20]</sup> e “Como bilionária em coma há 5 anos virou foco de disputa judicial”<sup>[21]</sup>. Séries: “Succession” (HBO Max) e “Casa Gucci” (Youtube | Apple TV | Google Play 2021 | Ridley Scott).

## 7 Perguntas:

### (i) Cláusula arbitral é uma forma de negócio jurídico processual?

A cláusula compromissória organiza o procedimento (e por isso tem efeito similar ao dos negócios processuais), mas é muito mais ampla. Há muita discussão sobre a amplitude dos negócios jurídicos processuais, enquanto, na cláusula compromissória, não existe tal limitação (possibilidades são inúmeras). (ii) Há mediação durante o planejamento patrimonial? Há muitos casos em que o planejamento patrimonial não acomoda todos os interesses familiares e não serve à pacificação/ prevenção de conflitos. Para esses, a mediação prévia (i.e., durante o planejamento patrimonial) poderia se adequar? Ideal que o titular do patrimônio consiga dialogar com toda a família e que cada um encontre seu lugar na sucessão. Quando há dificuldades, importante haver um facilitador (possivelmente um mediador), atuando com o advogado, para construir documento que organize as premissas do planejamento sucessório. Um dos problemas: assunto “morte” é tabu, assim como separação de casais. Outra ideia é o “contrato de namoro”. A despeito disso, é interessante trazer ao cliente essa opção.



## 8 Conclusão.

Visão do advogado como parte essencial na mediação. Agente facilitador da conversa com foco na continuidade dos negócios e das famílias. Mediação como ferramenta para alcance desses objetivos. “Quem dá o tom da voz é o ouvido e não a boca”: muitos casos de família são dificultados pela interpretação dos discursos de parte a parte. **É necessário aprender a dialogar.**

[17] TJCE, 1ª Câmara Direito Privado, AGT: 01176852220198060001 Fortaleza, Relator: HERACLITO VIEIRA DE SOUSA NETO, Data de Julgamento: 06/07/2022, Data de Publicação: 06/07/2022.

[18] Disponível em: <https://www.jota.info/>.

[19] Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/planejamento-patrimonial-e-sucessorio-nao-e-apanas-abrir-uma-holding/>.

[20] Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2022/03/07/especialistasalertam-para-carga-tributaria-em-outros-paises.ghtml>.

[21] Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/rubensvalente/2022/03/06/peernambucanas-judicial-saude-hospital.htm?cmpid=copiaecola>.

EPISÓDIO 06

# Arbitragem e Mediação em Loteamentos

COMISSÃO DE  
ARBITRAGEM  
E MEDIAÇÃO

ANO 2023

# Arbitragem e Mediação em Loteamentos

Reunião Conjunta das Comissões de Arbitragem e Mediação e de Loteamentos e Comunidades Planejadas do IBRADIM, de **17.08.2023**

**Convidados:** Maria Roseli Candido Costa  
**Moderadora:** Kelly Durazzo Medeiros  
**Participantes:** membros das comissões envolvidas e associados IBRADIM

**Coordenadores:** Claudia Frankel Grosman e Francisco Maia  
**Relatora:** Marina Chierighini Lacaz  
**Revisor:** José Maria Zanolchi

## EPISÓDIO:

### ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO EM LOTEAMENTOS

#### 1 Introdução da temática.

Não é comum arbitragem em conflitos relacionados à implantação de loteamentos. A percepção geral de que haveria um custo elevado no procedimento, além do relativo desconhecimento dos profissionais do ramo acerca deste tipo de procedimento, parecem ser fatores determinantes. Em grandes contratos de construção é mais comum a existência de cláusula compromissória (p. ex.: em disputas acima de 10 milhões). Disputas em contratos envolvendo valores menores, contudo, tendem a ser resolvidas no Judiciário, do que pode decorrer uma série de problemas, como morosidade e imprevisibilidade. Foram relatados alguns casos em que a eleição de instituições arbitrais como a ICC ou a CAM-CCBC em contratos de menor valor acabou por inviabilizar o procedimento devido ao custo envolvido em relação à real valoração do conflito. Em casos como estes, pode-se recorrer à mediação para a resolução dos conflitos devido ao custo mais acessível (casos citados: duas arbitragens suspensas para que o conflito seja resolvido via mediação: em um deles houve acordo e, no outro, acordo sobre **parte** da controvérsia).

#### 2 Divisão de despesas: seria possível imputá-las exclusivamente ao loteador?

Embora exista a possibilidade de imputar o custo pelo procedimento arbitral a apenas uma das partes, não é assim que funciona na prática. Obs.: quando se estipula uma cláusula escalonada, há previsão de mediação prévia, sem a qual não há interesse de agir para avançar para uma arbitragem enquanto aquela não se resolver (esse custo será, portanto, anterior).

Na arbitragem, geralmente há a divisão de custos, os quais vão sendo adiantados pelas partes ao longo do procedimento, a não ser que uma delas não seja capaz de arcar com os custos quando a outra é forçada a adiantar por si para que o procedimento siga adiante. Como a autonomia de vontade predomina, em tese, é possível imputar o custo a uma das partes, no intuito de que os adquirentes de lotes, por exemplo, não tentem se eximir da arbitragem sob essa alegação.

**2** Outro problema em se estipular no contrato que o loteador deveria arcar com todas as despesas é que normalmente quem paga as custas iniciais é a parte que tem interesse em litigar. É possível que uma parte (a interessada) arque com os custos do litígio caso a outra parte se recuse a pagar. Há também a possibilidade de mitigar custos (com câmaras especializadas em conflitos menores, eleição de um árbitro único, arbitragem expedita etc.) ou de recorrer a financiamento do procedimento arbitral por terceiros. Ainda, de acordo com o art. 51 do CDC, “são de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que determinem a utilização compulsória de arbitragem”. Portanto, em contratos de adesão, a cláusula compromissória pode ser anulada. Entretanto, há casos em que ela é admitida, desde que observados alguns requisitos especiais como quando a cláusula é destacada (art. 54, §4º do CDC e art. 4º, §2º da Lei de Arbitragem). Há de se considerar também a relatividade no entendimento geralmente preconceituoso de que a arbitragem seria sempre um procedimento excessivamente oneroso. Em verdade, isso irá depender das características do litígio, dos custos de transação a médio e longo prazo etc.. Por exemplo, a eleição da arbitragem tende a ser mais adequada em contratos de parceria ou construção do que no contrato padrão de compra e venda de lotes.

### **3** A utilização da arbitragem seria interessante em loteamentos?

Não há dúvidas de que sim, porque há celeridade, decisão técnica e de qualidade. Mas é preciso ter cuidados especiais para utilizar a arbitragem nesse tipo de empreendimento. Por exemplo, pode-se equacionar os custos com câmaras especializadas, arbitragem expedita e cláusulas mais bem ajustadas para a resolução dos conflitos. As partes precisam querer mediar.

### **4** E a mediação?

Consiste em um procedimento de negociação assistida por um terceiro que conhece ambos os lados e colabora tecnicamente para que as partes cheguem a um consenso. Pode ser uma ótima alternativa em negócios envolvendo loteamentos. Já há diversos casos de sucesso envolvendo mediações na área de loteamentos, não só em contratos de parceria, como também nos contratos padrão de compra e venda de lotes. Ressalta-se, de passagem, que a mediação já é bastante utilizada na resolução de conflitos condominiais, podendo ser também utilizada em associações de moradores. Para isso, enfatiza-se a importância de uma advocacia colaborativa, no sentido de recomendar a mediação quando adequada e criar condições concretas para que essa seja efetiva.

### **5** Sucumbência e custos.

As partes podem estabelecer que os custos do procedimento sejam arcados pela parte sucumbente (na ausência de estipulação da convenção arbitral e do regulamento da câmara, os árbitros determinam como será a divisão de despesas do procedimento, geralmente considerando quanto cada parte ganhou e/ou perdeu). Recordar-se que o conceito de sucumbência na arbitragem é distinto do do direito processual brasileiro.

## 6 Possibilidade de anulação da cláusula (contrato de adesão).

Há um receio quanto à possibilidade de nulidade da cláusula compromissória inserida em contrato de adesão. Necessário ajustar bem a cláusula compromissória nos contratos. Considerar: art. 4º, §2º, da Lei de Arbitragem <sup>[22]</sup> vs. arts. 51, VII, e 54, §4º CDC <sup>[23]</sup>. Há controvérsia sobre quando seria considerada abusiva a cláusula compromissória em contratos de adesão. Ex.: cláusula estabelecida em contratos padrão de licenciamento de software, em que a aceitação é automática com um “click”, é tipicamente abusiva. A previsão de resolução de conflitos por núcleos especializados seria um fator de equalização do regramento de solução de conflitos, no sentido de trazer ao consumidor/ aderente, não uma restrição de direitos, mas um fator de qualidade ao julgamento. Necessário também mostrar boa-fé do loteador ou construtor para mitigar o risco de anulação (demonstrando-se que houve ciência inequívoca da cláusula, que se notificou o adquirente, de que a cláusula estava em destaque, negrito etc.). Obs.: há câmara arbitral em Goiás especializada em direito imobiliário, vinculada ao Secovi (que inclusive homologa acordos sob custo baixo, sem constituição de tribunal arbitral – v. adiante).

## 7 Arbitragem em preliminar de contestação.

O Judiciário tem respeitado as cláusulas compromissórias nos contratos? Em regra, sim. Quando há alegação de arbitragem em defesa, de qualquer das partes, ao menos em São Paulo, os juízes têm reconhecido a validade e a eficácia da cláusula compromissória. Contudo, ainda há casos em que os juízes ignoram a convenção, o que acaba esbarrando na jurisprudência dos tribunais.

## 8 Casos de mediação em loteamentos?

Em alguns estados, tem-se um entrave cultural. Costuma-se usar a mediação mais para conflitos de família, mas pouco em negócios como loteamentos. Onde há cultura de mediação, usa-se, muitas vezes, o método para reduzir a tensão (em casos de condomínios, por exemplo – seja em relações entre condôminos, seja nas relações entre condomínio e condôminos). Ex.: edificação em desconformidade com o regulamento do condomínio. Os custos acabam sendo reduzidos (gastos com o profissional, basicamente). Importante: nada do que é discutido na mediação pode ser utilizado contra a outra parte. Confidencialidade é, de fato, uma vantagem; algo muito sério na mediação. A confidencialidade deve ser respeitada pelas partes, mediadores e demais participantes. Judiciário tem penalizado seriamente em caso de descumprimento (vide arts. 30 e 31 da Lei de Mediação). Em São Paulo, os custos para a mediação são relativamente baixos (por enquanto, pois há projeto de lei para majorar esses valores). Receio comum: gastar tempo, recursos e munição e não ter resultado efetivo. Para que seja produtiva a mediação, há de existir concessões de parte a parte.

[22] “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. (...) § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

[23] “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem”; e “Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. (...) § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

## 9 Vantagens na utilização da arbitragem e da mediação em loteamentos.

Profissionais técnicos para solucionar questões de loteamento e infraestrutura, que contempla legislação autônoma bastante densa. Disciplina específica que exige conhecimento e experiência na área. Judiciário, muitas vezes, por não contar com essa especialidade, pode ter afetada a boa qualidade dos julgamentos.

## 10 Esboço conclusivo.

Independentemente do ambiente legal, que é propenso às cláusulas compromissórias nos contratos de loteamento, e de todas as vantagens apontadas, ainda reina um receio quanto à possibilidade de desconsideração/ anulação das cláusulas compromissórias pelo Judiciário em contratos de adesão envolvendo direitos do consumidor, como contratos padrão de compra e venda de lotes. Há também desconhecimento quanto à possibilidade de se utilizar a mediação para a resolução de conflitos no setor. Ambos os institutos (arbitragem e mediação) são métodos adequados de resolução de conflitos. Para que sejam viáveis, muitas vezes será necessário utilizar câmaras especializadas (cujo custo seja condizente com a causa a elas submetida).

**a. Discordância e comentários.** O ponto não parece ser a inadequação das câmaras (exemplo do Secovi, que faz mediação há muitos anos), mas o risco para o loteador de não ter efetividade na cláusula em contratos de adesão. O ativismo judicial representa risco pois gera insegurança jurídica, como com relação ao problema dos distratos que é “crônico” no Brasil. Não há solução fácil; a parte hipossuficiente será, em regra, preferida pelos julgadores. Não se pode esquecer que a arbitragem não serve somente para conflitos com adquirentes de lotes/ consumidores. Contratos de construção e parceria também podem ser objeto desses métodos - e inclusive de dispute boards (para resolução de controvérsias, por ex., sobre serviços adicionais, aditivos de contratos de construção etc.). Há especialidades diversas para cada tipo de conflito.

**b. Os riscos em se estipular cláusula compromissória seriam expressivos?** Não é comum ação anulatória de sentença arbitral por inserção de cláusula compromissória em contrato de adesão. Ademais, eventual anulação da cláusula compromissória não compromete a validade do contrato e vice-versa (autonomia da cláusula arbitral). Prejuízo de se estabelecer cláusulas compromissórias que fica restrito ao risco de anulação ou desconsideração pontual da convenção (não haverá anulação da cláusula na arbitragem e, no Judiciário, teríamos os dois cenários). Risco financeiro efetivo seria eventual majoração ou fixação de sucumbência pela derrota da alegação de validade da convenção. Ponderou-se que há certa ignorância técnica nessa seara, de modo que explicar essas nuances ao loteador seria um problema adicional na formulação dos contratos.

**c. Homologação de acordo com adquirente em câmara arbitral. Por que fazer?** Empresa não quer visibilidade do acordo, para não estimular outros consumidores. Mas pode ser mais caro ingressar com requerimento de arbitragem, constituir um tribunal arbitral, para simplesmente celebrar acordo (o que poderia ser feito extrajudicialmente, seguido de pedido de desistência no processo). Comentou-se que alguns acordos em algumas câmaras seriam feitos sem constituição de tribunal arbitral, com custo baixo, nos casos em que há risco de decisão judicial desfavorável. Manifestado receio sobre a eficácia desses acordos e sua caracterização como títulos executivos judiciais (vez que não há tribunal constituído). Sem prejuízo dessas questões, a chancela da câmara parece ter caráter pedagógico no cumprimento do acordo pelos signatários, segundo relatos.

EPISÓDIO 07

# Arbitragem e Mediação em Infraestrutura

COMISSÃO DE  
ARBITRAGEM  
E MEDIAÇÃO

ANO 2023

# Arbitragem e Mediação em Infraestrutura

Reunião Conjunta das Comissões de Arbitragem e Mediação e de Urbanístico e Infraestrutura do IBRADIM, de **20.09.2023**

**Convidados:** Ulisses Penachio  
**Debatedor:** Marcelo Manhães  
**Moderador:** Francisco Maia Neto

**Participantes:** membros das comissões envolvidas e associados IBRADIM  
**Coordenadores:** Cláudia Frankel Grosman e Francisco Maia  
**Relator:** Helder Moroni Câmara

## EPISÓDIO:

### ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO EM INFRAESTRUTURA

#### 1 Introdução da temática.

Não é ainda comum o emprego da arbitragem ou de outros meios de ADR em disputas relacionadas a projetos e/ou contratos que digam respeito a contratos públicos e/ou relacionados a obras de infraestrutura. Recentemente, contudo, por conta de discussões legislativas, o tema tem ganhado holofotes, mas segue sendo visto com certa ressalva, especialmente tendo em vista que, no mais das vezes, um procedimento arbitral ou outros ADR em tal seara envolvem entes públicos que, por razões diversas e até mesmo seculares, não se deixam submeter a meios outros de resolução de conflito, que não apenas o tradicional, que é o judicial.

#### 2 A plena adequação dos métodos de ADR às disputas relacionadas a contratos públicos e/ou de infraestrutura.

O palestrante, trazendo para a audiência exemplos práticos em que ele mesmo atua no bojo de **dispute boards**, logrou demonstrar que, de maneira eficiente, os métodos ADR - em especial os **dispute boards** - são ferramentas que, nas palavras do palestrante, vieram a “cair como uma luva” para relações jurídicas de tais naturezas, em que as relações são de trato sucessivo e por longos períodos de tempo, de modo que a rápida solução dos conflitos é medida que se impõe, até mesmo para fins de se preservar o longo relacionamento que as partes terão que manter na execução dos serviços e atingimento dos seus objetivos, que via de regra são de longuíssimo prazo.

#### 3 Métodos de ADR como facilitadores de diálogo e preservação da boa relação entre as partes.

A rápida solução dos conflitos, portanto, é ferramenta que não apenas traz a tão almejada pacificação social (que os meios tradicionais, ante a sua inefetividade, não mais tem garantido), mas serve como “facilitador de diálogo” o que, nas palavras do palestrante, tem servido como eficaz meio para preservação da boa relação entre as partes, garantindo, assim, uma relação como perene pacificação em prol de todos, inclusive de toda a sociedade que, direta ou indiretamente, será afetada por esse tipo de relação jurídica.

#### 4 O *Board* atua como filtro e “rede de segurança”: as discussões e temas sensíveis são tratados internamente pelo *Board*, sem intervenção das partes que, desse modo, não se exaltam e não trocam acusações diretamente entre si.

Na experiência do palestrante a constituição dos dispute boards nessa seara dos contratos públicos e de infraestrutura tem ainda uma vantagem adicional na esteira da facilitação do diálogo: o **Board** não se desenvolve de forma adversarial, não havendo alegações, réplicas ou manifestações de uma parte contra a outra. As partes não participam ativamente das reuniões conduzidas pelo **Board** e apenas e tão somente recebem deles as recomendações ou orientações para a solução de determinadas questões e, não havendo essa postura adversarial, os ânimos tendem a se amainar, o que preserva essa relação de longo prazo. mediar.



#### 5 Intervenção do debatedor.

Concordando com todas as afirmações trazidas pelo palestrante, o debatedor confirmou que seu entendimento segue no mesmo sentido e reafirmou que contratos de longo prazo, como os que são celebrados no âmbito do direito público, tendem a gerar maior estresse e disputas entre as partes, de modo que a constituição dos **Dispute Boards** é algo a ser seriamente se pensar em todo contrato dessa natureza. A complexidade técnica, somada ao volume financeiro envolvido em tais contratos e ao seu longo prazo de duração, sugerem ser essa uma excelente medida.

EPISÓDIO 08

# Arbitragem e Mediação em Shopping Center

COMISSÃO DE  
ARBITRAGEM  
E MEDIAÇÃO

ANO 2023

# Arbitragem e Mediação em Shopping Center

Reunião Conjunta das Comissões de Arbitragem e Mediação e de  
Shopping Center do IBRADIM, de **18.10.2023**

**Convidados:** João Gilberto Goulart  
**Debatedor:** Marcelo Barbaresco  
**Moderador:** Francisco Maia Neto

**Participantes:** membros das comissões  
envolvidas e associados IBRADIM  
**Coordenadores:** Cláudia Frankel Grosman  
e Francisco Maia Neto  
**Relatora:** Marina Chierighini Lacaz

## EPISÓDIO:

### ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO EM SHOPPING CENTER

#### 1 Introdução.

A arbitragem e a mediação no âmbito dos **shopping centers** são pouco comuns. Interessante, porém, debater a aplicação desses mecanismos, que podem ser utilizados tanto para os litígios na fase da construção, quanto na fase da operação. **Shopping Center** é um dos poucos tipos de negócio que não foram feitos para “fechar”, pois, concluída a construção e inaugurado o **shopping**, há uma rotina ininterrupta de negócios (lojas, manutenção, segurança, limpeza etc.). Trata-se de feixe de obrigações multifacetado, i.e., com multiplicidade de vínculos jurídicos extremamente diversa e criativa.

**Exs.:** mediante operações estruturadas, capta-se dinheiro para mercado; estrutura-se fundos de investimento e consórcios, além de outras relações societárias e acordos entre quotistas de fundos de investimento. Ademais, há facetas da empreitada na construção civil e outras questões relacionadas às obras (geralmente desenvolvidas a toque de caixa, porque a demora nesse espécie de empreendimento pode comprometer o retorno do capital investido e uma série de relações contratuais).

**Obs.:** grandes construções chegam a ser feitas em 1 ano e meio. Após a fase de construção, observa-se conflitos com contratados, lojistas locatários, prestadores de serviço, fornecedores etc.. Chama-se “relação-mãe” aquela entre o empreendedor e o lojista locatário. Há também relações colaterais: entre empreendedores ou lojistas e todos os prestadores de serviço ou fornecedores que gravitam em torno do empreendimento (diversos terceirizados).



## 2 Situação do setor de shoppings centers no Brasil.

O palestrante relatou experiência na estruturação de shoppings em 15 estados da federação. Maior incidência de empreendimentos no Sudeste e Sul e, em seguida, no Nordeste. Um dos grandes problemas: relação entre a velocidade do negócio e a dificuldade de solução de conflitos, especialmente envolvendo a relação-mãe (nuclear). A velocidade que o shopping exige decorre de ser ele organismo vivo e híbrido, que não é puramente imobiliário, nem puramente de varejo. Trata-se de autêntico estabelecimento de empresa. Tudo tem de acontecer rápido, para acompanhar a velocidade desse mercado. Há, portanto, necessidade de ágil resolução de conflitos. Nos últimos anos, houve segmentos que simplesmente desapareceram (ex.: loja de CDs e lojas de revelação de fotos). Observa-se hoje, também, espaços de lazer ocupando os empreendimentos, ou seja, o entretenimento como foco de investimento, competindo com mercados similares. Em outros países, verifica-se o fechamento de muitos shoppings centers, o que ainda não é uma realidade no Brasil.

## 3 Experiência e relatos de casos.

Comentou-se experiência no âmbito societário e no consorciado, porém maior familiaridade na utilização de métodos alternativos para solução de conflitos envolvendo a relação mais comum (relação-mãe). A assessoria operacional da advocacia de **shoppings** se dá nas áreas consultiva e contenciosa. No contencioso, comentou-se caso emblemático no Estado de Alagoas (**shopping center** operacional em situação financeira complicada após a crise de 2016 e 2017, vivendo vacância e inadimplência), em que os contratos dispunham de cláusulas compromissórias. Na época, diversas ações judiciais discutiam temas relacionados à arbitragem e à competência do juízo arbitral.

## 4 As maiores dores do setor: vacância e inadimplência.

Os principais ofensores do negócio de shopping center são a vacância e a inadimplência. Hoje, ainda há uma espécie de oposição entre empreendedores e lojistas, embora esse relacionamento esteja bem mais estreito do que foi no passado.

## 5 Arbitragem e mediação nos litígios de shopping: vantagens e desvantagens.

Na questão da inadimplência, o litígio judicial pode ser extremamente prejudicial, porque as ações são lentas, não permitindo a rápida retomada do espaço por lojistas saudáveis. Obs.: algumas renovatórias chegam a se encavalar (após 5 anos, sem ter se encerrado a primeira renovatória, promove-se uma segunda – e assim por diante). Atinge-se, muitas vezes, um enorme passivo judicial (processos sobrepostos, contemplando relações contratuais sobre a mesma loja, mas completamente diferentes, em função do decurso do tempo). Nesse ponto, a arbitragem se mostra extremamente útil, desde que as partes queiram chegar a uma solução. Em 4 vertentes, temos demandas (i) renovatórias, (ii) revisionais, (iii) consignações em pagamento e (iv) despejos, ações essas tipificadas na Lei do Inquilinato, e não no CPC. Nas revisórias e renovatórias, observa-se situações em que as partes almejam atingir consenso, embora não consigam (ex.: empreendedor que quer ajuste de aluguel, e não a exceção de retomada do imóvel vs. lojista que, de seu turno, deseja tornar seu negócio viável). Em situações assim (i.e., em que há uma confluência de interesses pela permanência do vínculo), a arbitragem e a mediação são soluções potencialmente benéficas.

**5** Muitas vezes, o conflito se dá estritamente sobre valores, não teses jurídicas. Por outro lado, a conclusão do palestrante sobre os demais cenários de litígio mantém-se a mesma há mais de 1 década: a arbitragem e a mediação acabam não se adequando à solução dos demais litígios de shopping, eminentemente porque os lojistas acabam criando litígios infundados em torno da simples arbitrabilidade do conflito. Opinião, portanto, de que os mecanismos extrajudiciais seriam soluções adequadas, mas na prática não funcionam, por conta desses empecilhos judiciais correlatos (mormente criados nos conflitos envolvendo a relação-mãe).

**Meta:** atingir um cenário em que a arbitragem e a mediação sejam efetivos para a maior parte das demandas do setor de shopping, mas, para tanto, precisaremos combater os citados empecilhos.

## **6 Debates:**

### **a. Como melhor conciliar os interesses das partes?**

As pessoas falseiam a verdade, por isso é tão difícil acessar sua vontade ou desejo real. Não há objetividade no diálogo. Após a sobredita provocação, externou-se a opinião de que não há real confluência de interesses entre lojistas e empreendedor. O lojista comumente enfrenta a dúvida: rubricar ou não a cláusula compromissória? Há dificuldades práticas e jurídicas em selecionar o que pode e o que não pode ser submetido à arbitragem (o que poderia servir para contornar parte do problema, selecionando-se matérias arbitráveis decorrentes do contrato e conflitos não arbitráveis).

Em contraponto: tem-se visto um crescimento muito grande da mediação na área empresarial (em especial, na locação e nas relações condominiais). Deve-se rememorar que há também interesses convergentes entre lojista e empreendedor: o lojista quer estar no estabelecimento shopping center e o empreendedor quer adequadamente ocupar o espaço. Nesse sentido, entre os métodos compositivos, temos, além da mediação, a ferramenta **“avaliação neutra”**, que não é nem vinculante, nem adjudicatória<sup>[25]</sup> (o que poderia, por ex., ser benéfico nos conflitos relativos à renovação da relação locatícia, para fixação do valor do aluguel).

### **b. Relação-mãe é regulada por contrato de adesão?**

A despeito da divergência jurisprudencial, mencionou-se corrente no sentido de ter o contrato da relação-mãe natureza de adesão, exigindo assinatura específica da cláusula pelo aderente (obs.: o advogado do shopping deve colocar cláusula em negrito e solicitar que o lojista rubrique).

Além disso, a cláusula tem que ser cheia. Em paralelo, mencionou-se corrente forte no sentido de que as ações executivas estrito e **lato sensu** não seriam arbitráveis. Em contraponto, aventou-se a possibilidade de uma cláusula apartada de resolução de conflito (oportunizando a escolha entre a cláusula compromissória e a judicial), muito embora se entenda que, no caso de contrato de adesão, a rubrica específica supra totalmente os requisitos legais de validade e eficácia da cláusula (obs.: não se trata de relação de consumo). Com relação à chamada **“cláusula de barreira”**, manifestou-se divergência em relação à dificuldade de segregação de matérias arbitráveis por via contratual: julgado do TJSP já admitiu expressamente a segregação de demandas arbitráveis (renovatória e revisional podem ser, nesse sentido, submetidas à arbitragem, enquanto outros conflitos, ao Judiciário). Fundamento: autonomia da vontade, um dos pilares da arbitragem. Hoje sugere-se muito a cláusula customizada, permitindo segregar o método de litígio conforme valor, assunto ou natureza da demanda.

[25] Avaliação Neutra é uma ferramenta extrajudicial de autocomposição - que pode ou não ser auxiliar à mediação -, por meio da qual se relega a um terceiro especialista a emissão de uma opinião sobre determinado ponto, com o fito de que as partes alcancem uma solução amigável.

**6**

**c. A problemática dos custos.**

As custas das câmaras arbitrais costumam ser um problema adicional: os custos procedimentais, em cotejo com o valor da causa (problema muito típico das arbitragens de franquia). Há câmaras com custos elevados e, outras, com custos mais atraentes (obs.: o Ibradim tem convênio com 3 câmaras que dispõem de tabelas favoráveis). A conta a se fazer depende do valor envolvido em litígio, dos custos de transação decorrentes da demora e de outros fatores como, por ex., a morosidade de cada tribunal de justiça e as custas judiciais aplicáveis. Ex.: no Tribunal de Justiça da Bahia, o Judiciário tarda a decidir e pode comprometer uma solução efetiva. Em outros estados, a arbitragem pode não ser a melhor solução. Em São Paulo, os custos judiciais são expressivos (ex.: apelação sem limite de custas), o que torna competitivas as tabelas de custas de algumas câmaras arbitrais. Tudo dependerá da equação financeira. Mecanismos [contratuais ou não] de garantia de pagamento do procedimento seriam uma maneira de minimizar o obstáculo do custo. Frequentemente, as ações são propostas pelos locatários em situação financeira delicada, de modo que, via de regra, o litígio será direcionado ao Judiciário (exceção feita ao lojista pertencente a um grande grupo de empresas). Em se tratando de lojistas franqueados, que não tem lojas próprias, o viés será sempre a economia, não se provisionando qualquer quantia para eventuais contingências. É necessário viabilizar esse custeio da arbitragem pelo lojista.

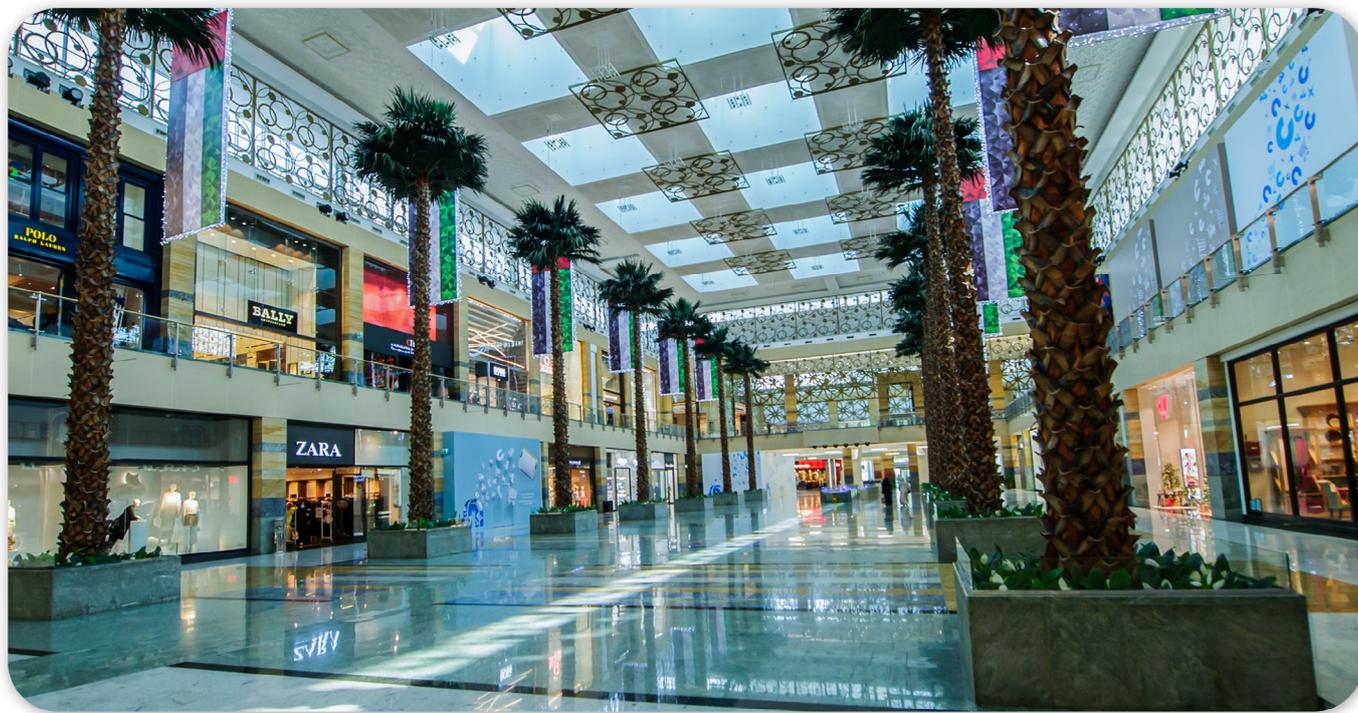
**d. Muito além do custo: mediação como alternativa adequada.**

Precisamos ser céleres e pensar muito além do custo, focando nos diversos interesses e necessidades peculiares do mercado de **shoppings**, como a de conferir agilidade à resolução dos conflitos. Nesse ponto, a mediação - mecanismo completamente diferente da arbitragem, com métodos e resultados muito diversos -, emerge como forma de solução de conflitos extremamente célere e que permite alcançar a vontade das partes. Os **shoppings** precisam dos ocupantes e os ocupantes precisam dos **shoppings**. Vale a pena cláusula de mediação? Funciona? Quais as vantagens e desvantagens? Opinião do debatedor no sentido de que não é possível tratar de arbitragem juntamente com mediação: mecanismos com metas diferentes (um se volta às pessoas e, o outro, ao litígio). Opinião divergente do moderador: mediação e arbitragem andam juntos na medida em que são ambos métodos que buscam uma solução ágil dos litígios e que se baseiam na autonomia das partes. O empreendedor dos anos 90 é muito diferente do empreendedor do século 21. Hoje, o empreendedor tem que dialogar.

Existe uma construção facilitada de shoppings centers. Em 2012, existia uma facilidade para empreendimentos de grande porte: acesso facilitado a recursos, de modo que o número de empreendimentos do setor cresceu muito mais do que o número de lojistas. Hoje, há pessoas no comando procurando soluções. Por isso, antes de se litigar, é muito interessante a autocomposição e a aproximação das partes. O empreendedor é o primeiro a querer salvar o lojista (nesse sentido, promove, por ex., palestras para organização financeira e aumento de lucratividade). A mediação pode ser adequada e precisa ser melhor difundida. Obs.: é possível a interrupção da arbitragem para tentativa de mediação (arbitragem como preparatória da mediação).

**e. Obrigação legal de negociar?**

Entende-se estar caracterizada, nos shoppings centers uma espécie de locação mais profunda. Colaborativa. Essa premissa, aliada com os preceitos da boa-fé e função social dos contratos, permitiria o reconhecimento de que haveria um contrato muito mais forte e profundo (na linha do “contrato normativo”)? Nessa linha, poder-se-ia cogitar de um dever de negociar? Cogita-se de um dever legal de não litigar de maneira direta. Opinião de que o shopping não é antagônico ao lojista: lucra com ele, muito mais do que o proprietário comum. Nesse sentido, cogita-se se não haveria uma obrigação legal em tentar um mecanismo autocompositivo prévio ao litígio.



## 6 Esboço conclusivo.

Entendimento de que não enfrentamos a mediação como solução. A sociedade brasileira não está preparada para refletir sobre as vantagens da mediação na mitigação dos próprios danos, por conta de um véu que ainda existe sobre os profissionais e contratantes. Tempo e custo são fatores a considerar. Reiterou-se a necessidade de redução de custos e adequação dos procedimentos extrajudiciais às necessidades do mercado de shoppings centers: rápida solução dos litígios e equação financeira benéfica, fatores que possam, enfim, reduzir os problemas de vacância e inadimplência. Mencionou-se soluções para a mitigação de custos. O debatedor sugeriu, por fim, segregarmos os assuntos de arbitragem e mediação, por possuírem premissas diversas. Para compor, precisamos virar a chave do litígio.

EPISÓDIO 09

# Arbitragem e Mediação em Negócios Imobiliários

COMISSÃO DE  
ARBITRAGEM  
E MEDIAÇÃO

ANO 2023

# Arbitragem e Mediação em Negócios Imobiliários

Reunião Conjunta das Comissões de Arbitragem e Mediação e  
de Negócios Imobiliários do IBRADIM, de **17.11.2023**

**Convidados:** Olivar Vitale  
**Moderadora:** Juliana Rubiniak  
**Participantes:** membros das comissões

**Coordenadores:** Claudia Frankel Grosman  
e Juliana Rubiniak  
**Relatora:** Marina Chierighini Lacaz

## EPISÓDIO:

### ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO EM NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS

#### 1 Introdução.

A arbitragem teve como marco no Brasil a Lei de Arbitragem, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2001 (SE/STF nº. 5.206/2001).

A abordagem sobre a arbitragem e a mediação nos negócios imobiliários se dará em 2 fases:

- (i) fase 1:** opção pela arbitragem ou mediação e os motivos para sua adoção e
- (ii) fase 2:** após o descumprimento contratual, surgimento do litígio e instauração do procedimento.

#### 2 Fase 1: escolha do método de ADR

Na negociação pela adoção de um método alternativo ou adequado de resolução de conflitos, observamos duas posturas diversas dos empresários: resistência ou imposição do método (neste caso, à luz do protecionismo e outras características intrínsecas ao Poder Judiciário). Em geral, cogitamos da arbitragem para relações paritárias, sendo que as relações de consumo ainda ensejam controvérsia. Na maioria das vezes, são previstas cláusulas escalonadas para a solução de relações paritárias.

**a. Aplicação no setor imobiliário.** No mercado imobiliário, é muito comum a adoção da arbitragem em casos de construção. Também é vista em operações envolvendo build to suit e sale & lease back. Nas empreitadas, a arbitragem é adotada tanto para solução das controvérsias decorrentes do contrato de construção, como dos litígios relacionados ao funding e às garantias para desenvolvimento da obra.

**b. Motivos para a utilização da arbitragem.** Atualmente, o foco maior da arbitragem é o conhecimento técnico dos julgadores. O custo e a celeridade são razões já ultrapassadas (os ADRs não são necessariamente menos custosos, nem mais rápidos, a exemplo de procedimentos perante as grandes câmaras de São Paulo, como a CAM-CCBCe a CAM-CIESP) - problema que extrapola, no entanto, o foco do presente debate. Os custos de um ADR também dependem muito da câmara escolhida para administrar o procedimento. O fator determinante na escolha da arbitragem é, com efeito, a especialidade dos árbitros, imprimindo qualidade e precisão técnica às decisões.

2

**c. Escolha da câmara e redação da cláusula compromissória.**

Importante escolher bem a câmara que administrará o procedimento e deixar bem regulada a cláusula de arbitragem. Equívocos comuns: (i) estipulação de cláusula vazia (i.e., que não contenha, em si, elementos suficientes para a nomeação de árbitro único ou para a instituição de um tribunal arbitral) e (ii) deixar de estabelecer se os honorários de advogados serão arcados ou não pela outra parte. Alguns elementos importantes: (a) definir número de árbitros (obs.: tribunal tríplice costuma dar mais segurança e higidez ao procedimento e às sentenças), (b) cláusula prevendo a necessidade de mediação prévia: em geral, adequada, pois é cada vez mais difícil relegar a um terceiro a solução da controvérsia. O terceiro não viveu o que as partes experimentaram e dificilmente terá todos os elementos para a tomada da melhor decisão (a qual, idealmente, deveria advir da composição das partes).

**d. Mediação como alternativa adequada.** Tendo em vista as dificuldades de alcance da melhor solução por um terceiro julgador (não participante dos fatos), o mediador (terceiro não julgador que auxilia as partes no alcance de um consenso) surge como a pessoa mais indicada para auxiliar as partes na solução ideal do conflito. Ademais consiste em procedimento de custo menos elevado, substancialmente mais célere e que não coloca em risco a saúde financeira da empresa. A fase do contrato é a “fase do amor” (da harmonia), mas o problema surge anos depois, em diversos aspectos que sequer se cogitava à época das tratativas.

Como evitar desconforto e beligerância entre as partes? Sendo suficientemente detalhista no contrato (embora seja inviável prever tudo) e tentando uma composição antes da escalada do conflito. Contudo, levar o litígio para a mediação sem previsão contratual é muito mais difícil (o confronto prolongado entre as partes causa, muitas vezes, um desgaste insuperável entre elas). Não obstante, se devidamente pactuada entre as partes, a mediação surge como um caminho mais rápido e efetivo de solução da controvérsia.

2

## **Fase 2: após o descumprimento contratual, surgimento do litígio e instauração do procedimento.**

Elementos de grande importância no procedimento arbitral são a oratória e a produção de provas. A eloquência na apresentação da prova é muitas vezes determinante para o sucesso da parte. Importante, nesse sentido, ter em mente que a escolha da arbitragem implica a seleção de bons profissionais, que tenham profundidade do ponto de vista fático e conhecimento das provas. O volume documental em um procedimento arbitral costuma ser imenso e não é viável esperar dos árbitros uma análise de tudo. É importante ter um holofote direcionado para aquilo que é crucial. A listagem dos pontos controvertidos é mais bem feita na arbitragem, como regra geral. Opinião, entretanto, de que a arbitragem ainda está muito centrada nos civilistas, que, a despeito de sua qualidade técnica, estão pouco acostumados com as inúmeras particularidades do direito imobiliário (muitas vezes imprescindíveis à compreensão e melhor solução da controvérsia).

**Características desejadas de um árbitro.** Diferentemente do Poder Judiciário, a arbitragem demanda do profissional concentração e disponibilidade de tempo plenos. Se se trata de um advogado, por vezes é difícil conciliar. Arbitrar significa se dedicar integralmente para a solução do conflito. Ademais, deve-se ter em vista fatores que possam implicar impedimento ou suspeição. De maneira análoga, advogar em um procedimento arbitral exige dedicação e tempo, de modo que é importante que, no escritório de advocacia que represente a parte, haja profissional(is) destacado(s) para esses procedimentos. É importante também iniciar a atuação no âmbito de ADRs com o auxílio de profissionais experientes.

## 4 Esboço conclusivo.

O painalista é favorável à arbitragem, especialmente para a solução de lides complexas e a enxerga como método adequado para resolução de controvérsias nos negócios imobiliários, desde que os contratos sejam paritários e que os julgadores tenham especialidade e disponibilidade para julgar. Obs.: quanto mais procedimentos um árbitro tem, menor a sua disponibilidade, de modo que se espera que o profissional estabeleça um limite máximo de arbitragens concomitantes. A qualidade da decisão e a adequação do método para cada situação dependerão também (i) de uma boa escolha, pelas partes, da câmara e do tribunal arbitral e (ii) do envolvimento do presidente do tribunal, que há de ser um profissional dinâmico, “hands on”.

## 5 Perguntas e debates:

**a. Questão 1 (especialidade dos árbitros):** o árbitro precisa ser formado em direito? Não, a Lei de Arbitragem não exige formação específica. Além disso, nem sempre o profissional de direito é o mais indicado para a resolução do caso, já que, muitas vezes, a demanda envolve questões eminentemente técnicas.

**b. Questão 2 (adequação de tempo):** como adequar a duração da arbitragem para que o tempo seja um fator de vantagem do procedimento em relação ao Judiciário? Em primeiro lugar, a confidencialidade é um entrave na verificação da real duração dos procedimentos (a leitura de dados estatísticos na arbitragem fica dificultada). Em segundo lugar, há uma grande preocupação em assegurar higidez às sentenças arbitrais: a decisão há de ser muito bem fundamentada (o que exige tempo) e eventual alegação de parcialidade/ suspeição dos árbitros há de ser depurada no procedimento, ensejando prolongados debates e possíveis questionamentos judiciais. Para adequar tempo e custo dos procedimentos arbitrais, é necessário cogitar da administração do procedimento por outras câmaras, que não “as de sempre”. A Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) acrescentou o art. 421-A ao CC <sup>[27]</sup>, tratando da presunção juris tantum de paridade dos contratos civis e empresariais. Em relações paritárias, importante se cogitar da mediação quando não há cláusula compromissória: o recurso ao Judiciário apenas após a mediação pode render bons frutos, uma vez que permite, ao menos, melhor delimitação da controvérsia e conhecimento das fragilidades de ambas as partes. Obs.: quando se fala em relação paritária, dá-se maior importância às tratativas como elemento interpretativo da real vontade das partes, inclusive no que tange à autonomia das partes para a escolha do método de solução de conflitos.

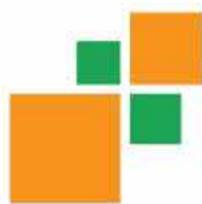
**c. Questão 3 (qualidade das câmaras e árbitros):** um cadastro de câmaras arbitrais idôneas faria sentido para controlar qualidade e ter dados de produtividade? Os advogados têm de buscar esse conhecimento e perquirir sobre a qualidade técnica dos árbitros. Ademais, algum controle de qualidade é feito (i) pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (“CONIMA”), que fornece parâmetros de qualidade, informações estatísticas, além de uma consulta pública de câmaras arbitrais idôneas, (ii) pelas câmaras arbitrais vinculadas ao CONIMA, que fornecem listas de árbitros (profissionais presumidamente idôneos) e (iii) por instituições especializadas em ADRs, como o Comitê Brasileiro de Arbitragem (“CBar”), que, apesar do caráter mais acadêmico, conta com membros experientes e informações atualizadas sobre o desenvolvimento dos ADRs no Brasil.

[27] “Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.”



5

- d. Questão 4 (arbitragem em contratos agrários):** por que há tanta resistência? Necessário entender se a não utilização advém de uma experiência ruim ou de mera falta de conhecimento. A maior utilização nesse âmbito passa por uma mudança de cultura e difusão dos ADRs como meios adequados: é preciso inculcar/ doutrinar os contratantes sobre as vantagens dos métodos extrajudiciais.
- e. Questão 5 (câmaras financiadas por associados):** tem-se discutido a real isenção de câmaras arbitrais que contam com a contribuição financeira de associados (que acabam escolhendo a câmara para a solução de grande parte de seus conflitos). Isso pode ser um problema? Frisada a importância de fugir do núcleo duro das câmaras tradicionais (ex.: CAM-CCBC e CAM-CIESP), cogitando-se de câmaras especializadas e, principalmente, de árbitros diferentes dos de sempre, que sejam especialistas e técnicos. Opinião do painelista de que a existência de associados não interfere na parcialidade ou na especialidade das câmaras e dos profissionais envolvidos, embora acredite que deva ser feito disclaimer, ao cliente, sobre eventual contribuição associativa.
- f. Debate (vantagens da mediação):** o painelista sempre indica a mediação, já que evitar a escalada do conflito é quase sempre uma boa ideia. Não é difícil convencer o cliente das vantagens da mediação, mas é por vezes difícil levar o conflito já existente para esse âmbito se não foi estipulada, em contrato, a mediação como medida prévia necessária.



# IBRADIM

INSTITUTO BRASILEIRO  
DE DIREITO IMOBILIÁRIO

 [IBRADIM.ORG.BR](https://www.instagram.com/IBRADIM.ORG.BR)

 [/InstitutoBrasileiroDe  
DireitoImobiliário](https://www.facebook.com/InstitutoBrasileiroDeDireitoImobiliario)

 [WWW.IBRADIM.ORG.BR](http://WWW.IBRADIM.ORG.BR)

