

Arbitragem de Ofertas Finais no Brasil

BRUNO GUANDALINI¹

Sócio de Carvalho, Machado, Timm e Luz Advogados. Doutorando em Direito – Université de Nice – Sophia-Antipolis, LLM, Georgetown University Law Center. Master II, Université de Paris II – Panthéon-Assas.

RESUMO: Arbitragem de ofertas finais é um modelo de arbitragem um pouco diferente da arbitragem convencional. Por ser muito usada para dirimir conflitos na Baseball League americana, passou a ser também conhecida como Baseball Arbitration. Apesar de ser bastante usada em outros países, sua utilização no Brasil é discreta diante da inexistência de regulamentos de arbitragens ou interpretação pelos tribunais desse modelo. O texto busca, num primeiro momento, mostrar que o modelo tem seu interesse: os incentivos econômicos da diminuição da litigiosidade e o favorecimento do acordo entre as partes. E como funcionam esses incentivos? O árbitro limita-se a escolher entre duas ofertas das partes; assim, as partes tendem a propor a solução mais próxima possível da realidade. Diante disso, a segunda questão que se coloca é a compatibilidade do modelo com o ordenamento jurídico brasileiro. O texto explica que esse interessante modelo pode ser compatível: basta fazer-se alguns necessários ajustes e adaptações.

ABSTRACT: Final offer Arbitration is an arbitration model slightly different from conventional arbitration. As it was firstly used to resolve conflicts in the American Baseball League, it became known as Baseball Arbitration. Despite its widespread use in other countries, in Brazil it is quite discrete as there are neither arbitration rules, nor case law regarding this model. This text aims, at first, to describe that the model has its interest: the economic incentives to reduce litigation and promote mutual agreement between the parties. And how do these incentives work? The arbitrator is limited to choose between two offers so parties tend to offer the solution closest to the reality. Therefore, the second question that arises in the text is the model's compliance with the Brazilian legal system. As the text explains, this interesting model might be compatible, but few adjustments are necessary.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Utilidade; 1.1 A ideia de AOF vs. a ideia de AC (“arbitragem convencional”); 1.2 O fundamento econômico para a utilização da AOF no Brasil; 2 Compatibilidade; 2.1 Desafios jurídicos; 2.2 Soluções práticas; Conclusão.

INTRODUÇÃO

Em 1908, Tommy Leach, então jogador de *baseball* do clube Pittsburg Pirates, propôs um mecanismo para definir seu salário para a temporada, o qual ele chamou de arbitragem. Tal mecanismo consistia em escolher três árbitros, pessoas na comunidade empresarial local, que decidiriam seu salário. A constituição dessa “comissão de árbitros” não é estranha à formação dos tribunais arbitrais na arbitragem convencional (“AC”) dos dias de hoje: o jogador escolheria um árbitro, o clube escolheria outro e ambos nomeariam o terceiro.

1 O autor agradece os relevantes comentários de Caroline Klamas na primeira versão deste texto.

Naquele caso, o procedimento acabou não acontecendo, pois o proprietário do clube, além de não concordar com o método, entendeu não ser obrigado a se submeter a tal procedimento. O resultado não poderia ter sido outro: o clube impôs um salário e Leach não jogou pelos Piratas naquela temporada².

Essa situação relata a imposição unilateral de salários que ocorreu na liga de *baseball* americana por muito tempo. Os times adotavam uma espécie de cláusula de reserva, a qual limitava, em linhas gerais, a atuação dos jogadores por outros clubes. Ficavam amarrados ao clube que contratavam primeiro³. Os salários eram impostos, já que existia relação de dependência. Como nem todos tinham o sucesso de Leach, os orgulhosos penduravam as chuteiras.

O tempo passou e a Liga mudou, assim como o Direito. Foi quando Dick Woodson, jogador de *baseball* americano que se destacou em 1974, ganhou seu caso. Uma arbitragem foi instaurada para que o árbitro escolhesse entre sua proposta de US\$30,000 e a do clube, de US\$23,000⁴.

Desde então os clubes vêm adotando a arbitragem de Leach e Woodson para definir os salários dos jogadores; em caso de discordância, o jogador propõe um valor, o clube define outro e os árbitros escolhem uma das duas propostas. Esse procedimento, por ser usado nessa indústria, passou a ser chamado de arbitragem *baseball*.

O conceito de arbitragem *baseball* consiste, portanto, no seguinte: cada parte apresenta uma sugestão de decisão para um tribunal arbitral constituído especialmente para escolher a proposta de uma das duas partes como a sua decisão final. Por isso, esse modelo recebe formalmente o nome de arbitragem de oferta final (“AOF”) ou *final offer arbitration*.

Com o crescente sucesso do modelo, a AOF passou a ser usada em diferentes setores, para dirimir disputas de diferentes naturezas e não somente nos Estados Unidos. No Canadá, por exemplo, uma lei de transportes a prevê como método de resolução de disputas referentes ao preço e à qualidade do serviço⁵.

Da mesma forma, diversas instituições já preveem AOF em seus regulamentos⁶, o que comprova a aceitação do mercado. Entretanto, não há notícia

2 ABRAMS, R. I. (1999). *Inside baseball's salary arbitration process*. [Chicago, IL], University of Chicago Law School, p. 57.

3 OLSON, R. J.; MCGOWAN, D. R.; ANDERSON, P. J. (2011). *Commercial leasing: arbitration and remedies: materials prepared for the Continuing Legal Education seminar, Commercial leasing: arbitration and remedies, held in Vancouver, B.C., on May 6, 2011*. Vancouver, Continuing Legal Education Society of British Columbia, p. 2.2.2.

4 ABRAMS, R. I. (1999). *Op. cit.*, p. 55.

5 Section 161 do Canada Transportation Act (S.C. 1996, c. 10).

6 Nos EUA, a *JAMS Streamlined Arbitration Rules & Procedures* (art. 28); No Canadá, a *Expedited Arbitration Rules* da ADR Chambers.

de nenhuma instituição de arbitragem com sede no Brasil que tenha adotado AOF⁷, o que comprova o interesse do estudo.

Em arbitragem internacional, é de se destacar as *Final Offer Arbitration Supplementary Rules*, vigentes desde 1º de janeiro de 2015, as quais, além de serem aplicáveis a arbitragens domésticas em adição às regras da *American Arbitration Association* (AAA), são destinadas também a arbitragens internacionais em adição às regras do *International Center For Dispute Resolution* (ICDR).

Em que pese haver bons indícios de que o modelo está sendo utilizado de maneira consistente no exterior, a sua utilização não tem acontecido no Brasil – ao menos não de forma pública e significativa. Por mais que exista previsão de AOF em duas leis muito específicas para dirimir conflitos coletivos de trabalho⁸, a sua vigência é recente e sua utilização ainda não é difundida⁹. Não há leis domésticas que adotem esse mecanismo. Não há notícia, tampouco, de jurisprudência dos mais movimentados Tribunais de Justiça interpretando ou confirmando a utilização expressa de AOF¹⁰.

Diante desse cenário, questiona-se, num primeiro momento, (I) a sua utilidade para a resolução de disputas cíveis e comerciais. Afinal, se ela é amplamente utilizada em outros países, por que não seria adequada para resolver esses litígios nacionais ou internacionais em arbitragens com sede no Brasil? Tal indagação leva a questionar, num segundo momento, (II) sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

1 UTILIDADE

A AOF não é uma arbitragem tradicional. Cabe, assim, compreender as diferenças entre os dois modelos (1.1). Visto isso, busca-se uma explicação econômica dessas características e questiona-se se elas proporcionariam maior eficiência na resolução de disputas comerciais no Brasil (1.2).

7 Foram consideradas as seguintes Câmaras: CAESP – Conselho Arbitral do Estado de São Paulo; Centro de Arbitragem e Mediação – CCBC; Câmara de Arbitragem do Mercado – BM&F Bovespa; Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem – CIESP/FIESP; Câmara de Mediação e Arbitragem do IASP; CAMARB; Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem; ARBITAC – Associação Comercial do Paraná; e Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná.

8 A lei mais antiga é o art. 4º da Lei nº 10.101/2000, o qual prevê AOF para dirimir conflitos ligados à participação nos lucros ou resultados da empresa pelos empregados. O caso mais recente é o do art. 37 da Lei nº 12.815/2013, no qual AOF é prevista como método de resolução de controvérsias trabalhistas entre os operadores portuários e o porto no seio do órgão de gestão de mão de obra.

9 Foi feita uma pesquisa jurisprudencial com as palavras “arbitragem” e “ofertas finais” em vários Tribunais Regionais do Trabalho e não se encontrou notícia de uma utilização extensiva de AOF no Brasil para esses litígios de cunho trabalhistas.

10 Foram pesquisados os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais pelas expressões “arbitragem de oferta final”, “final offer” e “baseball”.

1.1 A IDEIA DE AOF vs. A IDEIA DE AC (“ARBITRAGEM CONVENCIONAL”)

A AOF tem basicamente as mesmas características da AC, a qual é amplamente adotada no Brasil e baseada na Convenção de Nova York de 1958, na Lei nº 9.307/1996 e nos tradicionais regulamentos de arbitragem da ICC, do ICDR e da CAM/CCBC (1.1.1). Mas há ao menos uma diferença essencial se a compararmos com a AC, o que desperta interesse do tema (1.1.2).

1.1.1 O modelo de AOF tem, em linhas gerais, as mesmas características que a AC. Em ambas as formas de arbitragem existe a necessidade de consentimento das partes. A forma de escolha dos membros do tribunal deve seguir os mesmos preceitos da AC, a qual geralmente é definida por regulamento de arbitragem, com a presença de uma autoridade nomeadora. Na AOF, a sentença coloca fim à disputa entre as partes e é irrecorrível, como na AC. Mas existe grande diferença quanto à liberdade de decisão dos árbitros.

1.1.2 A grande diferença entre a AOF e a AC está na impossibilidade de o tribunal construir livremente uma decisão que seja adequada ao caso. Ora, o procedimento utilizado para a escolha do salário de Dick Woodson revela o elemento de principal interesse da AOF: o árbitro limita-se a escolher uma das ofertas de uma das partes.

Por um lado, na AC, o árbitro tem o dever de resolver o litígio conforme seu livre convencimento. Em não havendo imposição das partes, observadas as leis aplicáveis à arbitragem, o árbitro é absolutamente livre para decidir¹¹, mas tem o dever de fazê-lo de maneira que a decisão que ele vá proferir seja a melhor possível¹². Em outras palavras, espera-se que a solução ao caso, com base no direito aplicável ou em equidade, seja dada pelo próprio tribunal.

Por outro lado, na AOF, utilizando-se para comparação o formato estipulado nas regras supletivas da AAA/ICDR¹³, o tribunal arbitral deve limitar-se a escolher apenas uma das ofertas finais submetida pelas partes¹⁴. É importante ressaltar que as ofertas finais das partes devem consistir em um montante expresso em dinheiro, o qual incluirá todo inadimplemento, controvérsia ou pedido resultante do contrato ou relação jurídica em questão. Além disso, a oferta final deve expressar a moeda, quem será responsável pelo pagamento e para quem deverá ser feito. Juros e custos da arbitragem serão acrescentados pelo tribunal arbitral, de acordo com o regulamento aplicável à arbitragem¹⁵.

11 MAYER, P. (2013). La liberté de l'arbitre. *Revue de l'Arbitrage: Bulletin du Comité Français de l'Arbitrage*, p. 339-365.

12 CLAY, T. (2005). L'arbitre face aux parties. *Rev. Tunisienne Arb.*, p. 103.

13 Utilizar-se-á o modelo proposto nas referidas regras supletivas do ICDR. Esse modelo é o tradicional. Entretanto, há outras formas de arbitragem de oferta final, as quais foram desenvolvidas numa tentativa de melhorar o mecanismo e corrigir ineficiências. Ver BORRIS, C. (2007). Final offer arbitration from a civil law perspective: how to play baseball in a soccer country. *Journal of International Arbitration*, 24, 307-317, p. 307.

14 *Final Offer Arbitration Supplementary Rules – ICDR*, art. 6.

15 *Final Offer Arbitration Supplementary Rules – ICDR*, art. 5.

Finalmente, é importante mencionar que a sentença deverá ser motivada, apresentando as razões da escolha da oferta de uma parte e não da outra parte¹⁶.

Essa particularidade tem importantes consequências para a economia do conflito, já que são gerados diferentes incentivos às partes e aos árbitros.

1.2 O FUNDAMENTO ECONÔMICO PARA A UTILIZAÇÃO DA AOF NO BRASIL

O principal incentivo da AOF é o elemento da aposta¹⁷. Insta buscar uma explicação econômica para explicar a estrutura de incentivos gerados por esse procedimento (1.2.1). É essencial também identificar algumas desvantagens práticas de forma a poder-se recomendar situações nas quais os incentivos da AOF a tornará mais útil que a AC (1.2.2).

1.2.1 A utilidade da ideia de AOF pode ser explicada com elementos da economia comportamental, os quais merecem ser analisados sob duas diferentes perspectivas: a dos árbitros (1.2.1.1) e a das partes (1.2.1.2).

1.2.1.1 No que tange ao comportamento dos árbitros, a AOF tem o condão de evitar a tendência, muitas vezes controvertida¹⁸, dos árbitros de buscar decisões equilibradas entre os pedidos das partes. Essa prática, internacionalmente conhecida como *to split the baby*, em que o árbitro não acolhe na integridade os pedidos de nenhuma das partes, com o propósito de agradar ambas ao máximo, da melhor forma possível e aumentar sua reputação – sua utilidade – da melhor forma possível. Com a limitação imposta ao árbitro na AOF no sentido de poder escolher apenas uma das soluções ofertadas, exclui-se esse problema: ou o árbitro aceita uma oferta, ou aceita outra – não se pode dividir o bebê.

1.2.1.2 No que tange ao comportamento das partes, a AOF tem explicações ainda mais importantes. A primeira delas é justamente evitar a consequência do sentimento que as partes têm de que os árbitros irão “dividir o bebê”¹⁹. Ora, nos procedimentos convencionais, munidos desse sentimento, as partes têm a tendência de fazer pedidos mais extremos. Quanto mais extremo for o pedido, maior a chance de que “sua metade do bebê” seja maior. Esse comportamento resulta em mais ineficiência, já que gera um ambiente desfavorável ao acordo. Portanto, a mudança de comportamento do árbitro gera incentivos

16 *Final Offer Arbitration Supplementary Rules* – ICDR, art. 6.

17 BORRIS, C. (2007). Final offer arbitration from a civil law perspective: how to play baseball in a soccer country. *Journal of International Arbitration*, 24, 307-317, p. 307.

18 Fenômeno já identificado. Ver FARBER, H. S.; BAZERMAN, M. H. (1983). *Arbitrator decision making when are final offers important?* Cambridge, Mass, National Bureau of Economic Research. <<http://papers.nber.org/papers/w1183>>. Ver ZRILIC, J.; BREKOUKAKIS, S. L.; MISTELIS, L. A. (2012). *2012 international arbitration survey: current and preferred practices in the arbitral process*. <<http://www.whitecase.com/files/Uploads/Documents/Arbitration/Queen-Mary-University-London-International-Arbitration-Survey-2012.pdf>>, p. 38. Entretanto, há pesquisas evidenciando que, na prática, esse fenômeno não acontece. Ver KEER, S. E.; NAIMARK, R. W. (2001). Arbitrators do not “split the baby”: empirical evidence from international business arbitrations. *Journal of International Arbitration*, 18, p. 573-578.

19 BORRIS, C. (2007). *Op. cit.*, p. 308.

para que as próprias partes mudem seu comportamento e para que os acordos sejam mais prováveis.

Além disso, como somente as partes são quem conhece a verdade material do caso, são elas quem têm as melhores posições para decisão e proposição de uma solução. Na ausência de assimetrias de informação relevantes, elas sabem qual é o ponto de equilíbrio, ou seja, a solução mais eficiente para a controvérsia. Nesses termos, a AOF concede incentivos para que as partes apresentem ofertas de decisões menos extremas e mais próximas da solução mais eficiente. Afinal, repita-se, quanto mais razoável e eficiente for a decisão de uma parte, maior a probabilidade de o árbitro escolhê-la e menor o risco. Explica-se.

A probabilidade de escolha da oferta da outra parte ressalta a existência do risco, o qual gera em cada uma das partes o medo de que o árbitro venha a escolher a proposta do outro. Esse é o elemento de aposta. Em termos econômicos, como as partes são racionais e maximizadoras, é razoável que busquem propor uma oferta ótima, resultado de uma função entre, de um lado, a melhor utilidade – qual seja, o melhor valor de oferta – e, de outro, a mais próxima da verdade – a qual gera, em tese, a maior probabilidade de o árbitro aceitar sua decisão.

Entretanto, sabe-se que os indivíduos têm aversão a riscos²⁰, o que acaba colocando a aposta da AOF como um elemento incentivador para que as partes cheguem a ofertas mais próximas do equilíbrio. Isso evita comportamentos extremos e aumenta em muito a probabilidade de acordo.

Outra explicação da eficiência da AOF está ligada ao menor custo de transação. A razão está justamente na posição mais extrema que as partes normalmente adotam na arbitragem convencional, já que quanto mais extrema, maior o custo de defendê-la. Afinal, cada pedido e posição deve ser baseado em fatos, argumentos, perícias e pareceres. Quanto mais uma parte se distancia da verdade, mais elaborada deve ser a argumentação e o suporte probatório, de forma a se obter uma maior probabilidade de sucesso. Esses custos, chamados de “custos de influência”²¹, são teoricamente diminuídos com a AOF.

Com base nisso, ainda existe a possibilidade de estipulação de uma pena para a parte que tem sua oferta preterida²². Nesse caso, a parte preterida, além de ter de se submeter à decisão ofertada pela outra parte, deverá arcar com uma multa, normalmente estabelecida em um percentual sobre o valor da decisão escolhida. Pode ser potencializado, portanto, o incentivo para evitar posições extremas.

20 COOTER, R.; ULEN, T. (2007). *Law and economics*. Harlow, Pearson Addison-Wesley, p. 49.

21 FLUET, C.; GABUTHY, Y. (2010) Conventional versus final-offer arbitration. <https://www.gate.cnrs.fr/IMG/pdf/y10_m10_SER_FluetGabuthy.pdf>, p. 3.

22 BORRIS, C. (2007). *Op. cit.*, p. 309.

1.2.2 Entretanto, apesar dos incentivos mencionados, sabe-se que a adoção de AOF pode gerar ineficiência em ao menos três situações. Em primeiro lugar, a limitação da escolha da sentença pelo árbitro pode gerar um desincentivo a alguns árbitros aceitarem julgar os casos. É razoável que alguns árbitros, principalmente os mais renomados, possam não aceitar arbitrar casos em que sua decisão fique limitada à proposta de uma das partes. A menor probabilidade de se ter bons árbitros nesse modelo diminui uma das vantagens essenciais da arbitragem: a especialidade e qualidade do julgador. Afinal, *tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage*.

Em segundo lugar, a falta de conhecimento e de prática das partes e dos árbitros com esse tipo de procedimento também pode contribuir para a sua ineficiência. Conforme ressaltado, a vantagem da AOF aparece justamente no incentivo concedido às partes para tenderem a um acordo e para se afastarem de posições arredias e extremas. Caso as partes não conheçam e não estejam conscientes do elemento da aposta, não haverá tal incentivo.

Finalmente, a principal desvantagem é ligada à adequabilidade do procedimento. Conforme revelado pelo modelo adotado nas regras da AAA/ICDR, a oferta final deverá ser estipulada em um valor e deverá abranger todos os pedidos. Assim, é evidente que esse modelo não é adequado para a concessão de uma tutela específica de obrigação de fazer. Mesmo que se cogite a possibilidade de se apresentar oferta de fazer e de não fazer, a sua utilidade fica limitada pelos incentivos ao acordo.

Além disso, mesmo que exista posição que sustente algumas desvantagens da AOF²³, o método é, em geral, defendido pela doutrina²⁴, a qual menciona gerar um verdadeiro efeito narcótico²⁵ nas partes que já tenham experimentado. Feitas essas ressalvas, deve-se relatar as diversas situações em que o modelo de AOF teria boa utilidade no Brasil.

Além dos exemplos no direito do trabalho, a AOF também seria interessante em matéria imobiliária. A título de ilustração, a AOF foi utilizada em um contrato de um particular com um banco para determinar o valor de uma obrigação fiduciária de um imóvel²⁶. Para ater-se à realidade brasileira, a AOF seria muito conveniente para decidir questões relacionadas às revisões dos valores de aluguéis, conforme previsto no art. 19 da Lei nº 8.245/1991. Em caso hipotético, querendo a revisão, as partes ofertariam um valor a ser revisto e o

23 FLUET, C.; GABUTHY, Y. (2010). *Op. cit.*

24 Ver FARBER, H. S.; BAZERMAN, M. H. (1983). *Op. cit.* Ver BAZERMAN, M. H.; FARBER, H. S. (1984). *The General Basis of Arbitrator Behavior an Empirical Analysis of Conventional and Final-Offer Arbitration*. Cambridge, Mass, National Bureau of Economic Research. <<http://papers.nber.org/papers/w1488>>. Ver CHAPPE, N.; DELOCHE, R. (2000). *Analyse Economique d'une Procedure de Resolution des Conflits: L'Arbitrage*. [S.l.], [s.n.].

25 MITROVIC, L. (2003). L'arbitrage baseball: arbitrage ou mode alternatif de règlement? *Revue de l'Arbitrage: Bulletin du Comité Français de l'Arbitrage*, 1167-1193, p. 1176.

26 Abdullah E. Al-Harbi v Citibank, NA e al, Civ N 94-2425 (NHJ) United States District Court for the District of Columbia, 1995 US.

tribunal arbitral decidiria por impor uma das proposições apenas por um dos casos. Os incentivos para ambas as partes adotarem valores compatíveis com o mercado imobiliário seriam grandes.

A AOF também pode ser usada para determinar o montante de participação de cada empresa em uma situação de poluição ambiental. Num exemplo, uma empresa contratou outra para realizar o tratamento dos seus dejetos, ficando a contratada responsável por qualquer dano ambiental. O dano aconteceu e a contratante alegou que a contratada não teria feito os testes de aferimento dos níveis de poluição, os quais eram sua obrigação conforme o contrato. Depois de iniciarem um litígio perante o Judiciário, as partes adotaram AOF com sucesso para determinar o montante do custo da despoluição de que cada uma seria responsável²⁷.

No mercado de seguros, a AOF é da mesma forma relevante. Em um caso, uma AOF entre uma empresa resseguradora e uma seguradora foram também convenientes para a determinação de um montante indenizatório decorrente de um sinistro²⁸. No direito societário, a AOF pode ter boa relevância, por exemplo, para resolver disputas sobre o valor das cotas em casos de exclusão do sócio. Há notícia também das vantagens da AOF em casos de construção em que se discute a remuneração da empreiteira, principalmente em casos de sobrecusto decorrente do não respeito do tempo ou trabalhos não previstos²⁹. Os exemplos são inúmeros.

De uma forma geral, as vantagens da AOF revelam-se principalmente nos casos em que se discute a determinação de valores, como para a determinação do salário dos jogadores de *baseball*.

Diante da constatação de que a arbitragem de oferta final poderia proporcionar maior eficiência na resolução de disputas em casos específicos, resta questionar se o modelo é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

2 COMPATIBILIDADE

A arbitragem no Brasil é regida pela Lei nº 9.307/1996. Se a arbitragem não estiver de acordo com essa lei, será negada força jurídica e execução à sentença que dela resultar. Da mesma forma, a sentença proferida no exterior não será reconhecida no Brasil se não for compatível com a Convenção de Nova York de 1958.

Nesses termos, insta questionar, portanto, se a ideia de AOF adequa-se às normas vigentes no Brasil (2.1). Diante disso, não é demais, para superar al-

27 MITROVIC, L. (2003). *Op. cit.* Nota de rodapé 14.

28 MITROVIC, L. (2003). *Op. cit.* Nota de rodapé 13.

29 MITROVIC, L. (2003). *Op. cit.*, p. 1193.

guns desafios jurídicos, prescrever soluções práticas para se realizar uma AOF com sede no Brasil ou, eventualmente, para se reconhecer uma sentença estrangeira de AOF reconhecida no país (2.2).

2.1 DESAFIOS JURÍDICOS

A AOF, quando tiver sede no Brasil ou quando dela resultar sentença a ser reconhecida no País, encontra dois grandes desafios. O primeiro reside em saber se a AOF é arbitragem para fins da aplicação da Lei nº 9.307/1996 e da Convenção de Nova York de 1958 (2.1.1). Em segundo lugar, deve-se identificar se a AOF é compatível com tal ordenamento (2.1.2).

2.1.1 Nos moldes de como fizera Mitrovic ao analisar o caso francês³⁰, deve-se, num primeiro momento, verificar se uma AOF está sob o império da lei de arbitragem. Para tanto, deve-se procurar uma definição do instituto na própria lei. A Lei nº 9.307/1996 regula as condições de validade da arbitragem, mas não concede uma definição explícita. Esta pode ser extraída, entretanto, nas entrelinhas dos dispositivos da lei. No mesmo sentido, o Decreto nº 4.311/2002, o qual incorporou a Convenção de Nova York de 1958, restringe-se a mencionar sentenças arbitrais estrangeiras, deixando o conceito de arbitragem da Lei nº 9.307/1996 nortear a natureza das sentenças estrangeiras.

É sabido que a Lei nº 9.307/1996 tem a função primordial de conceder força e validade a uma convenção arbitral, assim como à sentença proferida por um tribunal arbitral, e para isso apresenta vários requisitos. Sabe-se então que os indivíduos podem se valer da arbitragem, por meio de uma convenção arbitral, para dirimir determinados tipos de conflitos, a ser decidido por qualquer pessoa que atenda determinados requisitos³¹. Assim, chega-se à definição de arbitragem como sendo o instituto pelo qual duas ou mais partes acordam em se submeter à decisão de um terceiro, que colocará fim ao litígio. Resta verificar, portanto, se a ideia de AOF atende a essa definição.

Entende-se que a ideia de AOF atende ao conceito de um instituto por meio do qual as partes buscam dirimir um litígio. O próprio legislador brasileiro, na mencionada Lei nº 10.101/2000, já definiu que se “considera arbitragem de ofertas finais aquela em que o árbitro deve restringir-se a optar pela proposta apresentada, em caráter definitivo, por uma das partes”³². Além disso, na mesma lei, prevê-se a obrigatoriedade do compromisso arbitral³³ e do laudo arbitral³⁴, conceitos também definidos na Lei nº 9.307/1996³⁵.

30 MITROVIC, L. (2003). *Op. cit.*

31 Arts. 1º, 4º e 13 da Lei nº 9.307/1996.

32 Art. 4º, § 1º, da Lei nº 10.101/2000.

33 Art. 4º, § 3º, da Lei nº 10.101/2000.

34 Art. 4º, § 4º, da Lei nº 10.101/2000.

35 Arts. 4º e 31 da Lei nº 9.307/1996.

Em linhas gerais, portanto, seja porque AOF enquadra-se na definição jurídica de arbitragem da Lei nº 9.307/1996, seja porque o legislador já deu um bom indício expressamente, conclui-se que uma sentença de AOF deve ser regida pela Lei nº 9.307/1996 e pela Convenção de Nova York de 1958, respectivamente para AOF com sede no Brasil e sentenças estrangeiras de AOF, para ser válida. Resta verificar, entretanto, se a característica do procedimento de AOF adequa-se a esses diplomas.

2.1.2 Uma arbitragem, trate-se de AC ou AOF, deverá obrigatoriamente observar os preceitos da Lei nº 9.307/1996. Entretanto, os desafios jurídicos residem principalmente com relação à diferença essencial entre os modelos, qual seja, o fato de o árbitro limitar-se à oferta de uma das partes. Há de se analisar alguns desses desafios, em particular aqueles ligados à sentença (2.1.2.1) e ao procedimento (2.1.2.2).

2.1.2.1 A limitação do poder jurisdicional do árbitro pelo modelo de AOF causa preocupação quanto à compatibilidade da sentença com a Lei nº 9.307/1996 e a Convenção de Nova York de 1958. Ora, não é demais lembrar que a sentença deve atender a requisitos obrigatórios, caso contrário poderá ser anulada e ter sua execução ou reconhecimento negados. De acordo com a Lei nº 9.307/1996, a sentença deve conter os seguintes elementos: um relatório; os fundamentos da decisão, em que serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se se os árbitros julgaram por equidade; o dispositivo, o qual conterá a solução das questões que lhes forem submetidas; conter data e lugar, e assinatura do árbitro. Assim, a sentença resultante da AOF deverá conter esses requisitos, sob pena de nulidade³⁶.

Diante disso, tem-se que as ofertas feitas pelas partes deverão ser uma *oferta de uma solução*, e não deverão consistir em uma *oferta de sentença*, sob pena de essa sentença desrespeitar esses requisitos. Em se tratando de *oferta de uma solução*, nos moldes do regulamento da AAA/ICDR, caberá ao tribunal redigir a sentença e todos os seus elementos, limitando-se à escolha de um dos valores ofertados pelas partes. Se as partes propuserem uma *oferta de sentença*, estas podem não contemplar todos os requisitos exigidos pela Lei nº 9.307/1996, impossibilitando a escolha pelo árbitro de uma sentença válida.

Diante dos requisitos da sentença, a escolha da oferta de uma das partes encontra três grandes desafios. Em primeiro lugar, o tribunal arbitral deverá fundamentar a sentença, obrigação que impõe ao árbitro o dever de motivar sua decisão com base no direito ou na equidade. No modelo de AOF, há um perigo de as partes fazerem ofertas muito distantes da solução que determinaria o direito aplicável e assim o tribunal arbitral não conseguir fazer uma funda-

36 Art. 31, inciso III, da Lei nº 9.307/1996.

mentação razoável com base nesse direito, ficando prejudicada a sentença. A escolha da equidade resolveria esse problema.

Ora, já que as partes, ao adotarem AOF, já conseguem maior previsibilidade pela limitação dos poderes do tribunal arbitral à escolha das ofertas (ou uma oferta ou outra), não é mais necessária a previsibilidade que um direito específico proporcionaria. A escolha de equidade na AOF seria aconselhável, portanto, para evitar qualquer dificuldade de fundamentação num direito específico, o qual ameaçaria a validade da sentença.

O problema é menor em caso de sentença estrangeira, já que o STJ já se manifestou no sentido de que a motivação adotada na sentença deve seguir os padrões do país em que foi proferida, não podendo sua concisão servir de pretexto para inibir sua homologação³⁷.

Em segundo lugar, há o problema de as partes ofertarem soluções para apenas parte dos litígios. Assim, caso a oferta das partes não contemple todos os litígios definidos no termo de arbitragem, também haveria risco de nulidade da sentença, de acordo com o antigo regime (art. 32, inciso V, da Lei nº 9.307/1996). Para afastar esses problemas, por exemplo, as próprias *Final Offer Arbitration Supplementary Rules* do AAA/ICDR previram, no art. 5º, que a oferta final deverá ser limitada a um único valor expresso em valores monetários para todos os pedidos, com indicação de qual parte deverá pagar por isso. Faz-se importante ressaltar que a Lei nº 13.129/2015 revogou expressamente o inciso V, de forma que a sentença que não resolva todos os pontos estabelecidos no termo de arbitragem não mais será nula e pode ser objeto de uma sentença complementar³⁸. Dessa forma, afasta-se também qualquer problema de o árbitro ficar limitado à proposta das partes, num modelo de AOF em que as partes imponham as soluções, e não somente um valor que abranja todos os pedidos. O procedimento pode facilmente estabelecer que, caso a oferta escolhida não cubra todo o litígio definido no termo de arbitragem, o árbitro será livre para decidir em sentença complementar.

Em terceiro lugar, a ideia pura de AOF não admite a decisão pelo árbitro de medidas de urgência. A razão é simples: não há tempo suficiente para o árbitro receber as ofertas finais. Muitas vezes a oitiva da outra parte, necessária na ideia de AOF, far-se-ia impraticável. Nessa esteira, nada impede que as partes estipulem que o mesmo tribunal arbitral proferirá sentença final, adotando-se o regime de ofertas finais para alguns pedidos, podendo proferir sentença parcial da maneira tradicional para qualquer medida de urgência, independente da existência de árbitro de emergência. Lembre-se ainda de que a ideia de AOF não contraria o preceito tradicional de que em sentença final o tribunal

37 Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Sentença Estrangeira Contestada nº 5.692 – EX (2012/0246980-3), Rel. Min. Ari Pargendler. J. 20/08/2014.

38 Art. 33, § 4º, da Lei nº 9.307/1996.

arbitral poderá confirmar ou alterar o decidido em sentença parcial, com base em uma oferta de uma das partes.

Finalmente, haveria um real problema se o árbitro proferisse sentença sem escolher qualquer uma das ofertas das partes, em contrariedade à convenção de arbitragem. É razoável imaginar que o árbitro teria motivos para tanto, como, por exemplo, caso nenhuma das partes propusesse uma oferta adequada ou completamente fora dos limites impostos na convenção. Nesses casos, a sentença seria nula porque seria proferida fora dos limites da arbitragem³⁹.

2.1.2.2 Ainda, a Lei nº 9.307/1996 permite às partes escolherem livremente o procedimento arbitral, ou ao árbitro caso as partes não o façam⁴⁰, o que comprova a possibilidade de adoção do procedimento de AOF. Entretanto, a mesma lei impõe que devem ser respeitados os princípios do contraditório e da igualdade das partes⁴¹. É imperioso que o procedimento de AOF, portanto, respeite esses princípios, já que da sua inobservância poderá acarretar a nulidade da sentença⁴².

O princípio do contraditório e da igualdade das partes toca a noção de ordem pública processual, a qual engloba o direito das partes de se fazerem ouvir, de rebater os argumentos da parte contrária e de produzir e rebater provas durante o procedimento⁴³. A ideia básica de AOF não viola, em regra, nenhum desses princípios, mas sua efetivação deverá ser feita na prática e garantida pelo tribunal arbitral.

Tendo como exemplo as regras supletivas do AAA/ICDR, os princípios serão respeitados se ambas as partes fizerem as trocas de ofertas e ambas enviarem sua oferta final para a outra parte e para o tribunal arbitral, o qual não poderá ler nenhuma das ofertas até o término das audiências. Caso o tribunal arbitral tenha conhecimento do conteúdo de uma das ofertas antes das audiências, por exemplo, ou se receber uma oferta de uma parte depois de começada a audiência, a igualdade entre as partes estaria prejudicada e haveria violação da Lei nº 9.307/1996.

Da mesma forma, sentenças estrangeiras de AOF não serão reconhecidas no Brasil caso o procedimento viole os princípios mencionados, os quais estão imiscuídos nos art. 5º, § 1º, alínea *b*, e § 2º, alínea *b*, da Convenção de Nova York sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Um outro problema é encontrado caso uma das partes não compareça a um procedimento de AOF. Para o bem do argumento, comparando-se, a maioria dos regulamentos de arbitragem permite que se continue o procedimento

39 Art. 32, IV, da Lei nº 9.307/1996.

40 Art. 21 da Lei nº 9.307/1996.

41 Art. 21, § 2º, da Lei nº 9.307/1996.

42 Art. 32, inciso VIII, da Lei nº 9.307/1996.

43 MITROVIC, L. (2003). *Op. cit.*, p. 1188.

mesmo se a parte requerida não comparecer para firmar o termo de arbitragem, o que é permitido de acordo com o art. 5º da Lei nº 9.307/1996. Nesse caso, o tribunal arbitral proferirá uma sentença, a qual poderá ser executada, mesmo diante da ausência da parte requerida no procedimento arbitral. Já na AOF questiona-se se o princípio do contraditório não seria afetado, uma vez que não haveria escolha do árbitro pela oferta final. Além disso, resta dúvida quanto à falta de livre convencimento e motivação dos árbitros.

Ora, na AC considera-se que, sendo inequivocamente intimada a parte para comparecer à assinatura do termo de arbitragem, é dada a oportunidade de exercer o contraditório. Da mesma forma, o tribunal arbitral poderá livremente exercer seu convencimento e motivará sua decisão, inclusive para negar todos os pedidos da parte requerente, caso entenda por bem.

Já na AOF, em tese, também não se viola o princípio do contraditório caso as partes sejam validamente intimadas a comparecer à arbitragem. Entretanto, não haverá motivação e livre convencimento do árbitro, já que o tribunal arbitral não poderá exercê-los na ausência de ao menos duas ofertas. O convencimento ficaria prejudicado já que não haveria outra escolha que não a única oferta imposta. A falta de motivação também existiria já que não se pode motivar aquilo que não se escolhe.

As regras supletivas da AAA/ICDR preveem que, caso uma das partes não apresente sua oferta final, o tribunal poderá continuar com a arbitragem. Entretanto, caso a continuação da arbitragem se dê com a adoção da única oferta realizada pelo tribunal arbitral, acredita-se que não haveria motivação e exercício do livre convencimento e a sentença poderia ser declarada nula.

De uma forma geral, para evitar qualquer problema e aproveitar o máximo da eficiência que um procedimento de AOF pode gerar, não é demais identificar algumas soluções práticas.

2.2 SOLUÇÕES PRÁTICAS

A adoção de AOF no Brasil deve ser avaliada levando-se em conta as características supracitadas e os desafios jurídicos mencionados. Por isso, recomenda-se adotar AOF observando-se os cuidados que seguem.

Em primeiro lugar, deve-se estipular na convenção de arbitragem a intenção da limitação do poder do árbitro à escolha da oferta de uma das partes. Isso pode ser feito com a menção inequívoca a um regulamento de arbitragem como as *Supplementary Rules* da AAA/ICDR. Embora inexistente semelhante regulamento de arbitragem de instituição sediada no Brasil, cabe às partes estipular na própria convenção, de forma inequívoca. Entretanto, todo cuidado deve ser tomado caso as partes queiram fazê-lo em conjunto com algum regulamento de AC. Na maioria dos casos, os regulamentos preveem a possibilida-

de de as partes alterarem as suas regras com mútuo acordo, sendo recomendada uma avaliação do caso concreto.

Ressalte-se que é perigosa a simples menção das expressões “arbitragem de ofertas finais” ou “arbitragem *baseball*”. Se constarem de convenção de arbitragem tais expressões, juntamente à indicação de regulamento de arbitragem que não preveja tal ideia, o procedimento pode resultar em claro desrespeito à própria ideia de AOF. Diferentemente, mas com perigo semelhante, se constar de convenção de arbitragem *ad hoc*, há o risco de que, por falta de experiência, o tribunal arbitral desrespeite a ideia de AOF e, conseqüentemente, a própria convenção das partes. O resultado seria desastroso.

Como não há notícia de interpretação de uma convenção de arbitragem que adote AOF por tribunal de justiça brasileiro, é aconselhável que se estabeleça na própria convenção ou no termo de arbitragem, de forma inequívoca, o procedimento que deverá ser adotado pelo tribunal arbitral.

Como já foi dito, a adoção de AOF poderia facilmente ser feita por meio de um regulamento de arbitragem de oferta final, mas, na sua ausência, os seguintes elementos devem constar da convenção: a) a indicação de um regulamento de arbitragem para ser aplicado subsidiariamente, principalmente pela existência de uma autoridade nomeadora do árbitro; b) a intenção inequívoca de que a sentença final deverá adotar uma das duas soluções ofertadas pelas partes para determinado litígio; c) a menção expressa de que o tribunal arbitral poderá motivar a escolha entre as ofertas com base na equidade; d) um prazo comum e razoável para que as partes troquem ofertas, tenham a mesma oportunidade de apresentar seu caso, produzir provas e apresentar ofertas finais; e) indicação expressa de que, se uma das partes não apresentar sua oferta final, o tribunal arbitral não ficará vinculado à oferta apresentada e podendo apenas considerá-la. As partes devem ser inteligentes para superar esses desafios e evitar eventual comportamento oportunista da parte contrária de forma a fazer o melhor uso possível do modelo.

Além desses elementos, é importante que o tribunal arbitral redija uma sentença com todos os elementos do art. 26 da Lei nº 9.307/1996. A motivação deve justificar, com base no direito ou na equidade, a escolha a qual deve estar prevista no dispositivo. O árbitro também tem um papel essencial na condução do procedimento e somente deve aceitar a missão de decidir em AOF se conhecer a sua característica essencial. A autoridade nomeadora deve estar atenta a isso.

CONCLUSÃO

Seja para dirimir conflitos no direito do trabalho ou para determinar danos ambientais, como é muito usada no exterior, a AOF pode ter grande serventia para dirimir determinados tipos de conflitos cíveis e comerciais no

Brasil. Em que pese não ter sido encontrado regulamento de arbitragem de instituição séria sediada no País que adote tal modalidade, acredita-se que a AOF pode trazer boa eficiência, principalmente pelos incentivos que proporciona às partes no sentido de aumentar os acordos e diminuir a litigiosidade. Ainda, apesar de não se ter encontrado interpretação pela jurisprudência brasileira, viu-se que, tomando alguns cuidados essenciais, seja na adoção da AOF, seja na condução do seu procedimento, os desafios jurídicos que o modelo apresenta podem ser facilmente superados, de forma a não haver qualquer violação da Lei nº 9.307/1996 ou da Convenção de Nova York de 1958. Cabe à prática desenvolver o modelo, superar os desafios e fazer efetivo uso da AOF para obter resolução de disputas de forma ainda mais eficiente.