

Cláusulas escalonadas: repercussões da mediação na arbitragem

Ana Betina da Costa Pires Ferreira

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

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

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

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

Introdução

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Cláusulas compromissórias

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.1 Autonomia da vontade na estipulação das cláusulas arbitrais

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

A capacidade das partes ao firmarem a convenção é *conditio sine qua non* para a utilização da arbitragem – *arbitrabilidade subjetiva*. Capacidade, como se sabe, é a aptidão da pessoa para ser titular de um direito, e vem genericamente estabelecida pelo art. 1º, do CC/2002.⁵

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2 Cláusulas escalonadas e cláusulas mistas ou híbridas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2 Escopo da arbitragem e as cláusulas escalonadas

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

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

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

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

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

2.1 Vantagens e desvantagens das cláusulas escalonadas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 Comparativo

3.1 A cláusula escalonada no ordenamento jurídico brasileiro

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2 Experiência estrangeira

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4 Conclusão

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Referências

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Teresina (Piauí), 09 de novembro 2021.

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

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