



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LETÍCIA DE MAGALHÃES TIMBÓ

**EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DAS CLÁUSULAS
ESCALONADAS MED-ARB EM CONTRATOS
EMPRESARIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO.**

Salvador
2022

LETÍCIA DE MAGALHÃES TIMBÓ

**EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DAS CLÁUSULAS
ESCALONADAS MED-ARB EM CONTRATOS
EMPRESARIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade Baiana de Direito como requisito
parcial para obtenção do título de bacharel em
Direito.

Orientador: Marcos Flávio Lago Lopes

Salvador
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

LETÍCIA DE MAGALHÃES TIMBÓ

**EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DAS CLÁUSULAS
ESCALONADAS MED-ARB EM CONTRATOS EMPRESARIAIS
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte
banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e Instituição de Ensino: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição de Ensino: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição de Ensino: _____

Salvador, ___ / ___ / 2022.

Dedico este trabalho a minha família, por sempre acreditar em mim e me incentivar a seguir meus sonhos. Agradeço de forma especial aos meus pais, pois é graças aos seus esforços que hoje posso concluir o meu curso.

AGRADECIMENTOS

Por incrível que pareça, apesar da complexidade do processo de escrita de um trabalho de conclusão de curso, escrever os agradecimentos sempre me parece algo temeroso. Isso porque não sei se consigo, em palavras, demonstrar a gratidão que tenho a todos aqueles que me fizeram chegar onde estou hoje. Assim, tentarei ao melhor das minhas capacidades, agradecer a todos que de alguma forma me tocaram nessa fase tão importante.

Agradeço primeiramente a toda a minha família, pelo eterno suporte durante todo o meu processo de graduação e por terem me dado a oportunidade de perseguir essa caminhada. Especialmente, agradeço a minha mãe, Adriana Rupp, por me levantar sempre que caí, por nunca deixar de acreditar na minha capacidade e por ser a melhor conselheira e amiga que uma filha poderia ter; a meu pai Paulo César Timbó, por me fazer rir nos piores e melhores momentos, por ser meu eterno companheiro e amigo, por me fazer enxergar quando devo levar a vida com mais leveza; a minha irmã, Olívia Timbó, por ser minha amiga e fiel escudeira, por ser um exemplo de dedicação e me fazer entender e apreciar a constante evolução que vivemos como seres humanos.

Gostaria de fazer um agradecimento especial a meu avô, José Maurício de Lagoeiro, por todo o amor, carinho e companheirismo que sempre teve comigo, por ser um exemplo de pai, avô, marido e sempre querer o melhor para sua família. Por fim, gostaria de fazer um agradecimento especial àqueles que, infelizmente, não se encontram presentes, mas que tiveram um enorme impacto na minha vida: agradeço a minha avó materna Lucila Rupp, a meu avô e avó paterno Luís Timbó e Ivone Timbó, a meu dindo Luis Augusto Timbó.

Em seguida, gostaria de agradecer a todos os meus amigos e companheiros, aqueles que desde o início estão comigo; aqueles que embarcaram comigo nessa reta final; aqueles que me apoiaram; aqueles que me viram chorar e me ouviram reclamar; aqueles que aguentaram meu gênio, aqueles que me deram conselhos, abraços; aqueles que me deram memória. A todos que sempre estiveram ao meu lado!

Antes de ingressar na Faculdade Baiana de Direito, fui informada que, para muitos, a graduação poderia ser um processo solitário. No entanto, minha experiência não poderia ter sido diferente. Agradeço a cada uma dessas pessoas, sejam elas do curso ou não, por serem quem são, pelas memórias que vivemos e iremos viver e por todo companheirismo. A esses então peço a devida vênica para nomeá-los: Amanda Menezes, Adriana Costa, Ana Luísa,

Bernardo Castro, Bruna Moura, Carol Brim, Emanuelle Nascimento, Felipe Dantas, Felipe Ewald, Fernanda Cabral, Fernanda Braga, Giovanna Fontes, Guilherme Andrade, Gustavo Meira, Hilas Freitas, Jan Niclas, Jonisson Gois, Julia Rocha, Letícia Bomfim, Leonardo David, Letícia Luzbel, Luisa Sampaio, Lynne Imamura, Mariana Árbues, Maria Eduarda Cavalcante, Matheus Hortelio, Matheus Queiroz, Nathalia Leal, Nicolas Furtado, Pedro Bittencourt, Pedro Patori, Rebecca Gabriel, Rodrigo Caribé, Sérgio Victor, Thais Ramacciotti, Ticiane Café, Victoria Rezende, Victor Borba, Victor Queiroz e Zack Macias.

Agradeço à instituição da Faculdade Baiana de Direito por gerar ao alunado as diversas oportunidades acadêmicas e profissionais, por demandar do alunado excelência e nos ajudar na transformação de estudante de direito para advogado pleno. Agradeço, de forma conjunta, e todos os mestres de direito que lecionam na instituição, por sua excelência e incentivo, agradeço em especial ao meu orientador, Professor Marcos Flávio, por ter sido minha referência para o trabalho e ter me guiado durante o todo processo, com grande atenção e paciência, agradeço também, ao Professor Matheus Guanabara, por ter me introduzido ao mundo de negociação e mediação através de sua matéria.

Agradeço à Alfa Consultoria Jurídica Júnior, a qual me inscrevi e me efetivei, no primeiro semestre da Faculdade de Direito, sendo a primeira instituição extracurricular que fiz parte na faculdade. Agradeço pelos amigos que me trouxe, pelas oportunidades e por ter sido um dos meus grandes incentivos durante a graduação.

Outrossim, agradeço à Equipe de Competição de Arbitragem Vis Moot, por me permitir um alcance internacional e uma apreciação maior pela arbitragem. Ademais, de forma especial, gostaria de agradecer à equipe de Negociação e Mediação da Faculdade Baiana de Direito. Fui aprovada na equipe durante a pandemia, período em que me encontrava desanimada com a graduação. Ali tive oportunidades profissionais únicas e de forma ainda mais significativa, descobri minha vocação na área de direito.

Por fim, não poderia deixar de agradecer à minha mentora na vida profissional, a Dra. Rafaela Lopes, em quem me inspiro todos os dias como futura advogada e que a todo momento me incentivou a construir este trabalho.

*A persistência é o caminho do êxito - Charles
Chaplin*

RESUMO

Esse trabalho analisa as cláusulas escalonadas med-arb nos contratos empresariais no cenário brasileiro, assim como os efeitos do seu descumprimento. Inicialmente, serão examinados os métodos de resolução de conflito e sua evolução histórica para que, na sequência, sejam aprofundados os métodos de mediação e arbitragem. Após essa análise inicial, o estudo se voltará ao estudo das cláusulas escalonadas, os tipos mais comumente utilizados, assim como o seu crescimento no cenário brasileiro e internacional, mais especificamente, dentro do âmbito dos contratos empresariais de longo prazo. Em seguida, serão explorados alguns pontos polêmicos que cercam esse procedimento, como a utilização de um mesmo neutro para os dois procedimentos ou a necessidade de terceiros neutros distintos; a análise da voluntariedade viciada no procedimento escalonado; a ponderação da capacidade de garantir a confidencialidade entre as partes de um procedimento para o outro; assim como a atuação da tutela de urgência como meio de prevenção de perecimento de direito e a possível obrigatoriedade de implementação de mediação prévia ao procedimento arbitral. Por fim, será analisada a possibilidade de o descumprimento da cláusula escalonada tornar possível a alegação de nulidade da sentença arbitral por descumprimento da cláusula compromissória, mediante a análise de julgados sobre o tema.

Palavras-chaves: Cláusulas escalonadas med-arb. Efeitos do descumprimento. Nulidade da sentença arbitral.

ABSTRACT

This thesis entails the analysis of med-arb multi tiered clauses in business contracts in the Brazilian scenery and the effects of its breach. Initially, an analysis and a historical evolution of the methods of alternative dispute resolution will be raised, followed by a deeper discussion of the mediation and arbitration methods. After the initial assessment, the study will be guided to further the dimensions of the med-arb multi tiered clauses, the most commonly used types, as well as the Brazilian and international growth scenario, more specifically, in the scope of long-term business contracts. Following that, some polemic points that restrain this procedure will be explored, such as: the utilization of the same neutral party for both methods or the necessity of using different neutrals; the analyses of faulty willingness in the staggered procedure; the evaluation of the capacity to ensure confidentiality from one method to the other between both parties; just as the performance of injunctive relief in med-arb clauses as a means to preserve a legal right from perishing and the possibility of the preliminary mediation process being mandatory to the arbitral procedure. Furthermore, the possibility that the non-compliance of the multi tiered clause would allow a party to claim nullity of the arbitration award due to non-compliance with the arbitration clause will be assessed, by analyzing the decisions that surround the issue.

Key words: Med-arb multi tiered clauses. Non-compliance effects. Arbitration awards nullity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAA - American Arbitration Association

a.C. - antes de Cristo

ACDC - Centro Australiano de Litígios Comerciais

ADR - alternative dispute resolutions

arb-con-arb - arbitragem-conciliação-arbitragem

arb-con-med-con-arb - arbitragem-conciliação-mediação-conciliação-arbitragem

arb-med - arbitragem-mediação

APRAG - Asia Pacific Regional Arbitration Group

BM&FBovespa - Bolsa de Mercadorias e Futuros e Bovespa

CAE - Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras

CAM-CCBC - Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá

CAMARB - Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil

CC - Código Civil

CCI - Câmara de Comércio Internacional

CCIB - Câmara de Comércio e Indústria de Bucareste

CEDR - Centre for Effective Dispute Resolution

CPC - Código de Processo Civil

CPR - International Institute for Conflict Prevention & Resolution

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

ICC - International Chamber of Commerce

FIDIC - International Federation of Consulting Engineers

LAB - Lei de Arbitragem

LCIA - London Court of International Arbitration

MACS - métodos adequados/alternativos de resolução de conflitos

med-arb - mediação-arbitragem

MERCOSUL - Mercado Comum do Sul

NAFTA - North American Free Trade Agreement

NCPC - Novo Código de Processo Civil

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

PERC - Foundation for the Prevention and Early Resolution of Conflict

UNCITRAL - Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

WIPO - World Intellectual Property Organization

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Gráfico E. Razões pelas quais Companhias usam ADR (ou específicos métodos de ADR) ao invés de litigação (1997, 2011)	40
Tabela 2 - Gráfico F. Utilização dos métodos de ADR pelo Fortune 1000 nos três anos prévios (1997, 2011)	42
Tabela 3 - Gráfico G. Uso da Mediação nos três anos anteriores para diferentes tipos de disputas (1997, 2011)	43
Tabela 4 - Gráfico H. Uso da Arbitragem nos três anos anteriores para diferentes tipos de disputas (1997, 2011)	43
Tabela 5 - Matéria das Disputas	44

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 OS MÉTODOS ALTERNATIVOS/ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	18
2.1 COMPOSIÇÃO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO	18
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	19
2.3 FOMENTAÇÃO DESSES MÉTODOS NO BRASIL E NO MUNDO	21
2.4 MEDIAÇÃO	26
2.4.1 Princípios fundamentais da mediação	27
2.4.2 Importância de um bom mediador	29
2.4.3 O papel do advogado	30
2.4.4 O descaso com a mediação no cenário atual	31
2.5 ARBITRAGEM COMO MEIO HETEROCOMPOSITIVO	32
2.5.1 Arbitragem e seus princípios	34
2.5.2 Autonomia da Cláusula compromissória	36
2.5.3 Tutela de urgência	37
2.5.4 Estado e arbitragem: reconhecimento e execução das sentenças arbitrais	38
<i>2.5.4.1 Nulidade das sentenças arbitrais</i>	<i>40</i>
3 CLÁUSULAS ESCALONADAS	42
3.1 O QUE SÃO CLÁUSULAS ESCALONADAS	42
3.2 TIPOS DE CLÁUSULAS ESCALONADAS	43
3.3 CLÁUSULAS ESCALONADAS MED-ARB	45
3.3.1 Cláusulas escalonadas med-arb nos contratos empresariais	46
3.3.2 Cláusulas escalonadas med-arb no cenário internacional	51

3.3.3 Utilização das cláusulas escalonadas med-arb no cenário brasileiro	54
3.3.4 Importância do mediador e árbitro	56
3.3.5 Cuidados que devem ser observados na redação das cláusulas escalonadas med-arb	60
3.3.5.1 <i>Duração do procedimento de mediação</i>	64
3.3.5.2 <i>Mitigação da redação de cláusulas escalonadas med-arb a fim de evitar divergências interpretativas</i>	65
4 EFEITO DO DESCUMPRIMENTO DAS CLÁUSULAS ESCALONADAS MED-ARB EM CONTRATOS EMPRESARIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	74
4.1 NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA ESCALONADA	74
4.1.1 Efeito jurídico obrigacional	75
4.1.2 Efeito jurídico processual	78
4.2 INCONSISTÊNCIAS DAS CLÁUSULAS ESCALONADAS MED-ARB	83
4.2.1 Princípio fundamental da voluntariedade da mediação	83
4.2.2 Confidencialidade frente a dois métodos de solução de conflitos a serem exercidos de forma convencionada	85
4.2.3 Efeitos da mediação sobre eventual tutela de urgência requerida em caráter antecedente e suas implicações	86
4.2.3.1 <i>Análise da possibilidade do procedimento de mediação assegurar – ou não – os efeitos dessas tutelas requeridas antes do seu início</i>	88
4.2.3.2 <i>Efeitos da não realização da mediação</i>	90
4.3 NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL FRENTE A NÃO REALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO PRÉVIA	90
4.3.1 Sentença arbitral e seu papel de pacificação social	90
4.3.1.1 <i>Nulidade de sentença arbitral por não cumprimento da Cláusula Compromissória .</i>	91
4.3.1.2 <i>Cláusula Compromissória e sua relação com o procedimento da mediação</i>	92

4.3.2 Nulidade da sentença Arbitral devido a não realização do procedimento pré-arbitral previsto na cláusula escalonada	93
<i>4.3.2.1 Julgados importantes na discussão e entendimento do tema da nulidade da sentença arbitral, visto o descumprimento de método de solução de conflito prévio</i>	<i>93</i>
5 CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS	99

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o Poder Judiciário tem passado por um momento de crise, em que a capacidade de solucionar conflitos dos órgãos públicos vem sendo questionada. O sistema judiciário demonstra sobrecarga, terminando o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação, aguardando decisão definitiva, segundo relatório emitido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Os processos vêm, cada vez mais, se tornando extremamente longos e ineficazes. Dessa forma, verifica-se um gradativo crescimento na utilização dos métodos alternativos de soluções de conflitos, que prometem uma solução simples, econômica, célere e eficiente.

Os métodos alternativos de solução de conflitos têm, cada vez mais, sido vistos como formas mais eficazes de resolução de controvérsia, quando comparadas ao processo judiciário, sobretudo com relação a conflitos empresariais. As sociedades empresárias têm se antecipado a possíveis conflitos com a adoção dos meios alternativos de solução de conflitos em seus contratos. As cláusulas escalonadas são uma importante ferramenta para essa finalidade.

Essas cláusulas preveem dois ou mais métodos de solução de conflitos a serem exercidos de forma convencional, de forma que através deles, seja possível chegar ao melhor consenso para o conflito em questão. Existem diversos tipos de métodos que podem ser combinados nessas soluções de controvérsias multietapa, como “arb-med”, “arb-con-arb”, “arb-med-arb” e “arb-con-med-con-arb”. Este trabalho focará no tipo mais comum: a cláusula escalonada “med-arb”.

A cláusula escalonada med-arb une dois métodos privados de resolução de conflito. Na primeira etapa, é utilizado um terceiro neutro para tentar o alcance de um acordo. Não havendo sucesso, o árbitro decidirá a questão por meio de uma sentença vinculante entre as partes.

A utilização da cláusula med-arb ainda desperta diversos questionamentos, sendo um deles o possível descumprimento da primeira etapa do procedimento (mediação) e de que forma isso afetaria a segunda (arbitragem).

Diante disso, esta pesquisa se dedica a solucionar os seguintes problemas sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro: Quais os efeitos do descumprimento de cláusulas escalonadas em contratos empresariais? O descumprimento de cláusula escalonada med/arb em contratos empresariais implicaria na nulidade de possível sentença arbitral?

Esse trabalho tem como objetivo analisar os efeitos do descumprimento da cláusula escalonada med-arb no ordenamento jurídico brasileiro, examinando possíveis impactos na disseminação da utilização dessas cláusulas em contratos empresariais.

Por conseguinte, são objetivos paralelos, disseminados ao longo da tese desenvolvida: a evolução do uso dos meios adequados de solução de conflito no contexto empresarial e como o Judiciário impacta positiva ou negativamente nesse contexto.

Para tanto, este trabalho analisa o conceito das cláusulas escalonadas e seu papel como instrumento de resolução de conflitos, especificamente em contratos empresariais.

Ademais, a partir da análise das diferentes cláusulas escalonadas, serão propostas sugestões de como escrever cláusulas escalonadas claras, que permitam o menor número de interpretações possíveis, tornando-as mais acessíveis. Por fim, será examinado o problema central dos efeitos do descumprimento dessas cláusulas e se esse descumprimento poderia levar à nulidade da sentença arbitral que vier a ser proferida..

O trabalho monográfico em tela se baseará basicamente em pesquisas bibliográficas e documentais, mediante análise de livros e periódicos jurídicos voltados à área de métodos adequados de solução de conflitos.

Ademais, são fontes de pesquisa a Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015), assim como julgados acerca do tema.

Trata-se de pesquisa qualitativa, uma vez que se buscou uma interpretação, compreensão e avaliação mais complexa do objeto de pesquisa. Este tipo de pesquisa possibilita que o investigador influencie e seja influenciado para construção opinativa do tema.

O método utilizado para produção deste projeto de pesquisa será o hipotético-dedutivo, através do qual, análises serão levantadas, visando alcançar respostas que esclareçam o problema apresentado, ou ao menos, a veracidade das hipóteses. Este método baseia a construção da solução ao problema de pesquisa através do processo de falseamento das hipóteses. Dessa forma, com essa pesquisa, iremos ao menos identificar se os efeitos do descumprimento das cláusulas escalonadas med-arb no ordenamento jurídico brasileiro são processuais e se um desses efeitos poderia vir a ser a nulidade da sentença arbitral.

Assim, a presente pesquisa foi destrinchada em três pontos principais. A primeira parte da pesquisa destina-se ao estudo dos métodos de resolução de conflitos mais conhecidos no mundo contemporâneo, seguido da análise da evolução histórica dos mesmos, levando ao

esclarecimento da disseminação de alguns métodos em detrimento de outros. A partir disso será feita uma investigação aprofundada no método de mediação e arbitragem, para esclarecer os principais pontos de cada instituto do seu início ao fim.

Dando seguimento, na segunda parte da presente obra, cabe esclarecer de forma detalhada o que caracteriza uma cláusula escalonada, destrinchando as possíveis combinações e efeitos que as mesmas podem gerar nos contratos empresariais, assim como sua incidência no campo comercial.

Em seguida, inicia-se o debate sobre a utilização de um mesmo terceiro neutro para ambas as fases previstas na cláusula escalonada med-arb ou a utilização de terceiros neutros distintos. Conseqüentemente, será feita a complexa análise das possíveis interpretações e minutas de redações das cláusulas escalonadas por diversas instituições de mediação e arbitragem, assim como as técnicas e informações que devem ser aplicadas na redação para que a cláusula não seja considerada ambígua.

Fincadas essas premissas, o terceiro e último capítulo aprofunda a análise da natureza jurídica das cláusulas escalonadas med-arb e as conseqüências de seu descumprimento.

Ademais, será investigado alguns dos pontos mais polêmicos da utilização das cláusulas escalonadas no âmbito internacional e mais especificamente, brasileiro. Tal qual: a voluntariedade da mediação e se a cláusula escalonada pode ferir esse princípio, as implicações da confidencialidade entre as partes para criação e continuidade de um bom procedimento de mediação seguido do procedimento arbitral, assim como a atuação na tutela de urgência como meio de prevenção de perecimento de direito e a possível obrigatoriedade de implementação de mediação prévia ao procedimento arbitral.

Por fim, será analisada a possibilidade do descumprimento da cláusula escalonada tornar possível a alegação de nulidade da sentença arbitral por não cumprimento da cláusula compromissória, mediante a análise de julgados que cercam o tema.

2 OS MÉTODOS ALTERNATIVOS/ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 COMPOSIÇÃO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO

Os conflitos e disputas são algo natural e comum do dia a dia de qualquer cidadão, sendo uma realidade da sociedade moderna (MOFFITT; BORDONE, 2005, p. 01). Esses conflitos, atualmente, podem ser resolvidos através de órgãos estatais investidos de jurisdição ou de forma amigável por meio de soluções alternativas de jurisdição. Nesse panorama moderno, o judiciário das Nações acaba por ser preferido para dirimir disputas (SANTOS; BORGES, 2018, p. 147).

Segundo Paulo Eduardo Alves da Silva, os métodos alternativos de resolução de conflito “MACS”, ou *alternative dispute resolutions* “ADR,” representam diversos meios de resolução de disputas menos formais e não oficiais de justiça remota, distintos do julgamento que é obtido ao final de um processo judicial conduzido pelo Estado (2020, p. 39-40).

Existem diversos meios alternativos com o objetivo de solucionar o conflito, tais quais: a arbitragem, mediação, negociação, conciliação, ouvidor confidencial, o mini-júri (*minitrail procedure*), *rent a judge*, assessoria de acordo e julgamento privado (ZANETI JR; CABRAL; 2016, p. 32-33). No entanto, apesar dos diversos meios de composição, pelo objetivo desse trabalho, será abordado, de forma breve, os principais processos alternativos de resolução de conflitos, que ainda permanecem à margem do sistema “tradicional”.

A negociação é a forma mais básica e comum de resolução de conflito, sendo intrínseco a todas as formas de solução de disputas. Pode ser definida como a discussão entre duas partes com o objetivo de alcançar um acordo em que ambas as partes se encontrem de alguma forma satisfeitas (MOFFITT; BORDONE, 2005, p. 279). Esse método permite que as partes controlem o procedimento e a solução, diferentemente dos processos que possuem um terceiro (GOLDBERG *et al*, 2012, p. 42).

Já a arbitragem, ao contrário da negociação, possui, assim como o Judiciário, um terceiro que impõe uma decisão que passa a ter a mesma eficácia da sentença judicial. É, portanto, um meio alternativo heterocompositivo, realizado por mecanismo privado, em que o terceiro é

escolhido pelas partes, não possuindo intervenção estatal, sendo comparado por Carmona como equivalente jurisdicional (CARMONA, 2009, p. 31).

Essa característica impositiva faz com que a arbitragem se distancie da mediação e conciliação, que não possuem um terceiro que realize decisão vinculante, sendo meios autocompositivos de resolução de conflito. Já a conciliação e a mediação são métodos pacíficos que possuem o auxílio de um terceiro. Na conciliação, procedimento mais curto, esse terceiro terá o papel de aproximar as partes, sugerir e verificar possíveis soluções para as partes baseadas no que for apresentado durante o procedimento.

Diferentemente da conciliação, a mediação possui um terceiro imparcial e neutro, escolhido de forma consensual entre as partes, que não fará qualquer tipo de julgamento sobre a disputa. Este procedimento, que é voluntário, sigiloso, informal e célere, tem como objetivo amenizar o conflito de forma a restabelecer o relacionamento e comunicação, levando a possível construção de um acordo (NAZARETH, 2001, p. 71). Portanto, a mediação tende a ser mais eficaz que a conciliação uma vez que trata do conflito em si e não busca apenas fazer um acordo sem antes resolver a controvérsia (SANTOS; BORGES, 2018, p. 165)

Outrossim, cabe ressaltar, que perante os doutrinadores do tema, houve uma mudança terminológica relevante. O termo método alternativo de resolução de conflito ganhou força inicialmente, porém, com o tempo e estudo de tais métodos, passou a se utilizar a classificação de métodos adequados de resolução de conflitos (CARMONA, 2009, p. 33).

Nessa linha, Rodrigo Mazzei e Bárbara Chagas (2018, p. 7) apontam que o termo “alternativo” expressa a ideia que o Poder Judiciário seria a via principal e única para a solução de litígios, o que desqualifica os ADRs. Assim, esta pesquisa adotou preferencialmente a qualificação de métodos “adequados” de solução de conflito.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Os MACS possuem como principal objetivo oferecer às partes meios de dirimir suas disputas de forma célere. No entanto, a difusão desses procedimentos perante a sociedade ainda é reduzida, gerando um congestionamento no Judiciário das sociedades ocidentais, devido a quantidade de processos que estão em andamento. Para entender melhor esse fenômeno, é necessário avaliar a evolução histórica dos métodos adequados de resolução de conflitos.

Desde os primórdios do mundo o homem vem enfrentando conflitos. Esses conflitos, quando não ou bem resolvidos, geram disputas que precisarão ser solucionadas. Por fim, essas soluções podem ocorrer de diversas maneiras (FIADJOE, 2004, p. 9). Pré-historicamente falando, a humanidade sempre demonstrou uma pré-disposição para resolver conflitos através da violência, porém, em diversos momentos, foi reconhecido os benefícios de solucionar de forma pacífica, essas buscas por meios alternativos a violência deu origem aos precursores dos métodos adequados ao conflito (BARRET, 2004, p. 1).

A utilização dos MACS pode ser vista em diversos pontos na história, de modos diferentes e por tribos diferentes, no entanto, pode-se dizer que foi nas sociedades orientais que houve as primeiras menções acerca desses métodos. Na China, o processo de mediação foi analisado como benéfico à sociedade bem antes do Ocidente utilizar esses procedimentos. Há mais de dois mil anos a China inclui o cargo de mediador em todas as administrações governamentais (BARRET, 2004, p. 6).

Na mesma seara, Carlos Carmona relata que a arbitragem pode ser vista desde a antiguidade, nas cidades da Babilônia, no ano de 3.000 a.C (2009, p. 39). A mediação, por conseguinte, foi documentada através da história das maiores religiões do mundo. O judaísmo, cristianismo, islamismo, budismo e diversas outras possuem tradições de processos de mediação (FIADJOE, 2004, p. 5).

Já no Ocidente, as raízes dos ADR's podem ser rastreadas até a Grécia Antiga. Ademais, durante o período de 400 a.C., as cortes estavam superlotando e foi instituído o cargo de árbitro público (obrigatório a todos os cidadãos elegíveis). Na arbitragem, a população, de forma voluntária, apresentava seus problemas aos árbitros, que decidiram de forma mais célere do que o mais formal e lento sistema judicial grego (BARRET, 2004, p. 6-7).

Outrossim, a partir do final do IV século antes de Cristo, os Gregos utilizavam dos procedimentos de arbitragem e mediação para resolver diversos tipos de conflitos de pequena a grande magnitude, possuindo procedimentos extremamente sofisticados.

Como exposto, a origem dos ADRs vem das “*traditional societies*”, as sociedades que não possuíam a burocracia e os trâmites atuais e, portanto, necessitavam de meios coercitivos para resolver disputas. Dessa forma se torna necessária a criação de outros meios. Os sistemas judiciários foram uma consequência inevitável e necessária dos Estados modernos (FIADJOE, 2004, p. 2).

As sociedades, com o passar dos séculos, foram se tornando primariamente litigiosas, possuindo o entendimento que o meio civilizado de resolver conflitos era através das cortes investidas de poder pelos Estados. Assim, a partir do século XVIII, começa a existir o direito como visto na contemporaneidade. Consequentemente, os métodos de resolução de conflito passaram a ser substituídos pelo que à época eram procedimentos considerados mais modernos, devido à judicialização das nações.

A resolução de litígios através de tribunais é altamente dispendiosa, além de ser considerado um processo lento, o que por consequência aumenta ainda mais os custos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15 *et seq.*). Esses problemas, acrescidos ao fato de todas as disputas passarem a ser primariamente resolvidas em tribunais, gerou uma superlotação das cortes ao redor do mundo e com isso os métodos adequados de resolução de conflito voltaram a ganhar espaço na sociedade moderna.

Cabe-se o retorno, principalmente ao direito americano, que apresentou o termo ADR (*Alternative Dispute Resolutions*) nos anos setenta, o movimento pôs em destaque que a controvérsia pode ser dissolvida por outros meios. Assim, passam a emergir alguns movimentos como o *Community Relations Service* no Ministério de Justiça norte-americano, o *National Center for Dispute Settlement* e o *Institute of Mediation and Conflict Resolution* (LORENCINI, 2020, p. 75). Ademais, em 1976, com o crescimento da preocupação devido ao aumento dos custos e do tempo em cortes superlotadas, os mestres e doutores da área demonstraram interesse no *Multi-door Courthouse* apresentado pelo Professor Frank Sander na Conferência Nacional sobre as Causas da Insatisfação Popular com a Administração da Justiça (GOLDBERG *et al*, 2012, p. 48).

Por fim, cabe ressaltar, que esse monopólio estatal do Poder Judiciário não é proveitoso para a população comum e para o próprio Judiciário (a longo prazo) e, portanto, não deve ser a única opção para resolver os litígios. A democracia e sua constante evolução, demanda que o cidadão tenha a possibilidade de escolher entre uma gama de mecanismos, de forma que se atenda aos anseios da sociedade da melhor forma possível (TRISTÃO; FACHIN, 2009, p. 48).

2.3 FOMENTAÇÃO DESSES MÉTODOS NO BRASIL E NO MUNDO

Para discutir com mais profundidade o tema em questão é necessário, preliminarmente, entender o conceito de acesso à justiça. Existem diferentes perspectivas doutrinárias a respeito

do que englobaria o direito ao acesso à justiça, mas entre os doutrinadores, parece bastante claro que este direito é um direito fundamental do cidadão (BERNARDES; CARNEIRO, 2018, p. 195). A Constituição Brasileira apresenta esse direito como:

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

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988).

Através dessa redação, pode-se ver que foi através da garantia do acesso à justiça que todo o cidadão passou a ter o direito de buscar a defesa dos seus direitos individuais.

Porém, alguns entendem que é simplório analisar o acesso à justiça apenas como acesso ao Judiciário, devendo ser analisado mais amplamente como um direito natural do ser humano (SCHELEDER, 2006, p. 154). O acesso à justiça é, portanto, além de um direito fundamental, um fundamento ideal que todo sistema jurídico deve possuir e se ater, sendo muito mais do que uma garantia ao acesso ao judiciário (BERNARDES; CARNEIRO, 2018, p. 196).

Embora a aceitação do acesso à justiça como um direito social, vem cada vez mais ganhando força. A despeito disso, Mauro Cappelletti e Bryant Garth identificam alguns obstáculos nos sistemas judiciários ocidentais, que precisam ser transpostos para que o movimento de acesso à justiça alcance verdadeira efetividade e seu completo potencial (1988, p. 31). Dessa forma, foram introduzidas por esses pensadores, três ondas com o objetivo de ultrapassar tais obstáculos.

A primeira onda apresenta o posicionamento da assistência judiciária, onde seria proporcionado serviços jurídicos para os mais necessitados economicamente, uma vez que, antigamente, apenas aqueles que podiam arcar monetariamente tinham direito ao acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 32). Dessa forma, não basta apenas legislar sobre os direitos, mas sim que esses direitos sejam reconhecidos e garantidos de forma igualitária (BERNARDES; CARNEIRO, 2018, p. 200). No Brasil essa onda ganha força com a Lei 1.060, de 1950, que estabelece normas para conceder assistência judiciária e com a Constituição de 88, que garante a definição de princípio fundamental assistência jurídica integral aos que comprovarem insuficiência de recursos (CAMPELO; LEAL, 2017, p. 105).

A segunda onda é caracterizada pela representação e zelo dos direitos difusos, os interesses coletivos e grupais, posto que o processo civil tradicional não foi feito para tratar de interesses coletivos e sim dos interesses individuais das partes (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49).

O intuito dessa onda era garantir a possibilidade de que uma pessoa poderia representar várias quando se tratando desses direitos, diminuído os custos e garantindo a eficácia do direito a uma maior parte da população. No ordenamento jurídico brasileiro, houve a tentativa de sanar essa lacuna, através da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor (CAMPELO; LEAL, 2017, p. 105).

Por fim, a terceira onda diz respeito a um novo enfoque no acesso à justiça, incluindo a advocacia judicial e extrajudicial, mas mais que isso, “centra atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67).

Essa onda passa a ter o enfoque de entender os diferentes tipos de litígio/disputas e procurar o meio mais eficaz de solucioná-los. Busca-se explorar vários tipos de reformas diferentes, sendo uma delas mecanismos adversos ao judiciário, informais e privados de solução de conflitos (TRISTÃO; FACHIN, 2009, p. 53).

Neste diapasão, o sistema judiciário brasileiro vem passando por uma séria crise, gerada por diversos fatores, a exemplo do valor das custas judiciais, que tornam os processos extremamente onerosos para as partes, especialmente em países que adotam o princípio de sucumbencia. Outro problema é a extensa duração de tais processos, conforme detalhado no relatório “Justiça em Números 2021” (CNJ, 2022, p. 209).

Ademais, a gravidade do problema é ainda maior por conta da superlotação de processos em andamento e da lentidão frente ao Judiciário, impossibilitando que se lide de forma eficiente frente aos conflitos (REIS, 2019, p. 1.898). No ano de 2021, foram identificados 76 milhões de processos em tramitação, aguardando a decisão definitiva e nos anos anteriores a quantidade de processos é semelhante (CNJ, 2022, p. 31).

O Brasil, frente às questões analisadas acima, encontra-se em um processo de disseminação dos métodos adequados de solução de conflitos, ou seja, está passando pela terceira onda de acesso à justiça. (TRISTÃO; FACHIN, 2009, p. 53). Esta visão do cenário brasileiro, de uma litigiosidade que sobrecarrega o Judiciário, traduz uma situação global, que requer mudanças na mesma amplitude (ZANETI JR; CABRAL, 2016, p. 6).

Ademais, segundo Paroski, o acesso à justiça está diretamente correlacionado ao Estado proporcionar meios adequados de resolução de conflito a fim de se alcançar uma solução eficaz de forma equitativa, uma decisões que levem à solução justa dos conflitos de interesses, individuais e coletivos (2006, p. 229).

Neste ditame, o Brasil iniciou a Justiça Multiportas, que prevê uma nova arquitetura para a tutela de direitos, passando a apresentar uma gama de alternativas de acessos, ou seja, diversas portas de meios de alcançar justiça (GOLDBERG *et al*, 2012, p. 48). O Poder Judiciário, nesse modelo, é uma fonte resguardadora que garante o devido processo legal, mesmo quando fora de suas premissas. Assim, deixa de ser o método de primazia nas soluções de litígios e passa a ser a *ultima ratio* (ZANETI JR; CABRAL, 2016, p. 5 *et seq*).

Atualmente, existem alguns marcos legislativos relativos aos métodos adequados de resolução de conflitos que, conseqüentemente, amparam a atual reforma do Sistema Judiciário. Essa reforma, no Brasil, iniciou-se há 14 anos, mas ganhou uma maior tração durante os anos de 2010 a 2015 (SALLES; LORENCINI; SILVA, 2020, p. 22).

Em 2010, houve a Resolução n. 125 do CNJ, que possui um cunho educativo e abriu caminho para o início da disseminação social do sistema de resolução de conflitos. Essa resolução previa o enfraquecimento da “cultura de sentença”. O CNJ passa a exercer um papel coordenador e certificador da política de tratamento adequado de conflitos (SALLES; LORENCINI; SILVA, 2020, p. 22 *et seq*).

Em 2015, o Novo Código de Processo Civil foi aprovado, apresentando mudanças e com o intuito de inovar a legislação de forma a difundir os métodos adequados de resolução de conflitos. Impende destacar, dentre outros dispositivos, o seu terceiro artigo (elencado como uma das normas fundamentais do Código), que não só exclui qualquer dúvida a respeito da incompatibilidade desses métodos com a Jurisdição, mas refuta a promoção das MACs (SALLES; LORENCINI; SILVA, 2018, p. 27).

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 2015)

Foi nas disposições do novo CPC que a mediação ganhou destaque perante a jurisdição brasileira (MARQUES, 2016, p. 202). No mesmo período, entra em vigor a Lei nº 13.140, mais conhecida como Lei de Mediação, que dispõe desse procedimento. Esse marco regulatório é de extrema importância pois fomenta o movimento de revolucionar as formas de solucionar conflitos (VAZ, 2015, p. 1).

Por fim, temos o marco legal nº 13.129, a Lei de Arbitragem. O código regulamentar da arbitragem entrou em vigor em 1996, com a Lei nº 9.307, porém com a revogação do CPC de

1973, houve a oportunidade de aprimorar a arbitragem desvinculando-a ainda mais do juízo estatal e retificar os pontos que acabavam por gerar incertezas legislativas para esse mecanismo (SALLES; LORENCINI; SILVA, 2020, p. 33).

Em remate, resta indubitável que há um novo direcionamento do ordenamento jurídico em prol das soluções extrajudiciais, gerando um sistema de métodos para tratamento adequado de conflitos cíveis no Brasil (ZANETI JR; CABRAL, 2016, p. 7). A utilização desses métodos se torna cada vez mais frequente, onde o sistema judicial funciona de forma deficiente. Contudo, a aplicação de meios extrajudiciais de resolução de conflitos têm ocorrido de forma lenta por diversos motivos (SANTOS; BORGES, 2018, p. 147).

Neste diapasão, a legislação, por si só, não reeduca as partes a procurarem esses outros meios de resolução. Dessa forma, a adaptação e a integralização desses métodos como primeira opção tem se mostrado um processo lento, uma vez que a cultura brasileira, consolidada a mais de 500 anos, perpetua e reproduz o pronunciamento de sentenças como gerenciamento de conflitos (MAILLART; SANTOS; GONÇALVES, 2019, p. 220 *et seq*).

Neste ditame, surge o questionamento do motivo pelo qual a disseminação desses métodos alternativos é tão morosa no Brasil, uma vez que os ordenamentos geram amplo incentivo às formas adequadas de solucionar controvérsias. Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral entendem que o que gera obstáculos e o motivo desse descontentamento é um fator puramente cultural (2016, p. 8). A população brasileira adere à "cultura de sentença", que apresenta o judiciário como a principal via de gestão de conflitos, afastando ou dificultando a utilização dos MACS (SANTOS; MAILLART, 2018, p. 672).

A cultura de sentença é a crença socialmente aceita e estabelecida que o melhor jeito de mais efetivo de ter seus direitos protegidos e alcançar paz entre os membros da sociedade, é através das sentenças e decisões proferidas diretamente do juiz (MAILLART; SANTOS; GONÇALVES; 2019, p. 224).

Dessa forma, o caráter inovatório dos dispositivos e, por conta disso, certas ausências de condições estruturais, acabam por gerar incerteza na população sobre a segurança desses métodos, além dos próprios profissionais de direito, que por ignorância, deixam de incentivar a sua utilização (ZANETI JR; CABRAL, 2016, p. 8).

Passa a ser necessário então, uma reeducação social, para superar obstáculos institucionais (produzidos por instituições sociais e por padrões de comportamento repetitivos e estáveis) e

peçoais (indivíduos que não conseguem se dissociar e mudar sua mentalidade quanto aos conflitos) (MAILLART; SANTOS; GONÇALVES, 2019, p. 227).

Algumas ações que precisam ser implementadas com esse intuito são: educação dos agentes do Judiciário nos métodos adequados de solução de conflito; criação de meios de atração para encorajar as atividades de mediador e conciliador; criação de mecanismos para construção e difusão de uma “cultura consenso” através da OAB; oferta de matérias com esse viés nos cursos de direito (MAILLART; SANTOS; GONÇALVES, 2019, p. 228 *et seq*).

Em suma, a visão cultural de sentença é inadequada, uma vez que as ADRs têm o intuito de tornar a resolução de conflitos mais célere e efetiva para as partes. A mais clara vantagem desses métodos é o potencial de efetivamente resolver o problema, removendo o ritualismo, formalismo exagerado e o procedimentalismo estéril que por vezes termina em uma decisão meramente processual que não acaba o conflito (ZANETI JR; CABRAL, 2016, p. 8).

Ademais, com base nos dados já vistos anteriormente, é indubitável salientar que os métodos adequados de solução de conflitos são indispensáveis ao acesso à justiça no Brasil é um meio que, se propagado corretamente, irá desafogar o Poder Judiciário. Para isso é fundamental uma mudança na cultura adversarial e altamente litigiosa (MARQUES, 2016, p. 205).

2.4 MEDIAÇÃO

Os métodos adequados de solução de conflitos, de forma óbvia, procuram findar a controvérsia apresentada, buscando um resultado conciso. De forma menos perceptível, os métodos autocompositivos de resolução de conflito, objetivam que as partes presentes no litígio, alcancem um resultado benéfico para ambas.

A mediação, por sua vez, tem um escopo ainda mais “peculiar”. O procedimento busca, inicialmente, através da comunicação, recuperar e restabelecer o relacionamento das partes. Segundo Lia Regina Sampaio e Adolfo Braga Neto, “a mediação, não visa pura e simplesmente o acordo, mas atingir a satisfação dos envolvidos no conflito” (2007, p. 22).

A mediação é, muitas vezes confundida com a conciliação, pelo fato de ambos serem métodos autocompositivos e possuírem um terceiro imparcial que coordena o procedimento. No entanto, os mecanismos possuem características divergentes que os afastam completamente, além do ponto óbvio, que é o fato do conciliador oferecer sugestões e o mediador não.

Enquanto a conciliação tem como único objetivo a solução do caso, a mediação abre espaço, através do auxílio do mediador, para um debate profundo sobre o conflito e um diálogo aberto entre as partes, buscando o restabelecimento da comunicação e reconstrução do relacionamento, assegurando a não ascensão de conflitos semelhantes (MARQUES, 2016, p. 203).

Em suma, a mediação é um processo em que um terceiro imparcial, neutro e independente (o mediador), possibilita a facilitação da comunicação entre as partes, através de reuniões com as partes que estão lidando com o conflito. O intuito é de que os mediados obtenham uma percepção do conflito e gerem uma reflexão do relacionamento e a partir disso, alcancem uma solução que atenda a ambos (BRAGA NETO, 2020, p. 205).

A mediação é, portanto, o mecanismo, que tem como objetivo resolver de forma mais profunda possível o conflito entre os indivíduos envolvidos, sendo portanto um dos melhores métodos para as partes que possuem o interesse em manter a relação, seja ela qual for e para que conflitos semelhantes não venham a reaparecer (MARQUES, 2016, p. 210).

Assim, a mediação ultrapassa em demasia apenas a pura resolução do litígio em questão, uma vez que a mesma também possui como objetivo o estímulo à educação pacifista, do relacionamento benéfico e duradouro entre as partes, a efetivação da política da cidadania, dos direitos humanos e também da democracia (MARQUES, 2016, p. 213)

2.4.1 Princípios fundamentais da mediação

Neste ponto, serão abordados os princípios fundamentais para o procedimento da mediação. A necessidade de realizar tal ressalva, pois, não será possível abordar todas as questões de forma aprofundada neste trabalho. Os princípios da mediação estão previstos de acordo com o diploma legal do Código de Processo Civil, que em seu art. 166, caput, e no art. 2º da Lei nº 13.140 (Lei de Mediação):

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada (BRASIL, 2015).

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

- I - imparcialidade do mediador;
- II - isonomia entre as partes;
- III - oralidade;

- IV - informalidade;
- V - autonomia da vontade das partes;
- VI - busca do consenso;
- VII - confidencialidade;
- VIII - boa-fé. (BRASIL, 2015)

A mediação é um procedimento completamente baseado na voluntariedade das partes, permitindo que os envolvidos na controvérsia atuem conjuntamente em prol de interesses que possuem em comum para superar impasses (TARTUCE, 2018, p. 203). É considerada uma justiça consensual, em que a responsabilidade e autoridade para solucionar o conflito cabe unicamente as partes.

As partes, por sua vez, devem ter oportunidades iguais de se manifestar durante todo o procedimento, garantindo a isonomia das mesmas e que nenhuma parte se sentirá negligenciada (TARTUCE, 2018, p. 236).

A vontade significa que, para que se inicie o procedimento, é necessário que as partes aceitem expressamente o procedimento até o fim do processo, ou seja, a qualquer momento as partes podem alterar suas percepções e desistir da mediação. O mediador, por sua vez, deve estabelecer esse esclarecimento com as partes, garantindo o princípio da decisão informada. Já a autonomia das partes, outro fundamento e princípio essencial da mediação, dispõe que as partes irão decidir o rumo da controvérsia e do procedimento e protagonizar uma saída consensual para o conflito, sem que a mesma seja coerciva (TARTUCE, 2018, p. 214).

O mecanismo também não possui procedimentos fixos, não há em nenhum tipo de dispositivo, inclusive na Lei de Mediação, que exija algum tipo de forma para condução (TARTUCE, 2018, p. 220). Essa definição é estabelecida com o intuito de garantir liberdade às partes, permitindo um ambiente em que os mediando se sintam em controle. Apesar de não haver procedimentos, o mediador possui, através da lei, a obrigação de alertar as partes sobre algumas questões, inclusive sobre a confidencialidade do procedimento. Essa obrigatoriedade não deve ser entendida como um procedimento fixo, a ideia aqui é de previsibilidade, mas sem rigidez (TARTUCE, 2018, p. 220).

Ademais, outro princípio da mediação é o informalismo ao qual o procedimento precede, permitindo que as partes se sintam mais à vontade, o que facilita a busca por solução. A oralidade, no mesmo sentido, permite que as partes exponham o seu lado da controvérsia, gerando o sentimento da escuta ativa efetiva (TARTUCE, 2018, p. 223). Neste mesmo

diapensão, a independência aduz que o mediador deve atuar com autonomia e liberdade, desvinculado a qualquer subordinação ou influência.

A imparcialidade é a diretriz essencial para a mediação, a garantia desse princípio determina que a atuação do terceiro seja válida. Para mais, como já supracitado, as partes devem se sentir confortável quando em sede de mediação, sendo a imparcialidade crucial para esse alcance. Como preleciona, no mesmo sentido o art. 5º da Lei n. 13.140/2015.

Outrossim, o mediador é a instância não julgadora, onde as partes possuem liberdade para discutir seu relacionamento, interesses e rever posições, ou seja, ele não decide. Portanto, deve interferir com imparcialidade sem indução ou instigação para viabilizar qualquer iniciativa relacionada ao cerne da demanda (TARTUCE, 2018, p. 227).

Por fim, a confidencialidade rege todas as partes da mediação, sendo um dos seus benefícios, já que as partes podem reconstruir seu relacionamento e trabalhar em busca de opções viáveis de forma sigilosa (TARTUCE, 2018, p. 232). Caso a mediação seja desenvolvida em reuniões separadas entre as partes, essas informações também são regidas pela confidencialidade, incluindo a confidencialidade entre as partes (BRAGA NETO, 2020, 207). O NCPC/2015 reconhece a importância da confidencialidade ao dispor, no art. 166, § 1, que todas as informações produzidas durante o procedimento estarão protegidas por esse princípio (NCPC, BRASIL, 2015).

2.4.2 Importância de um bom mediador

O mediador possui um papel autêntico a qualquer outro. Diferentemente do procedimento de arbitragem e conciliação, que também possui um terceiro imparcial, o mediador não realiza qualquer tipo de julgamento, sugestões, nem profere sentenças. Os princípios que regem a mediação, por sua vez, regem o terceiro imparcial (BRAGA NETO, 2020, p. 236). O mediador através de técnicas especiais, acolhe as partes e proporciona oportunidades de comunicação eficaz de modo que construam conjuntamente a melhor solução para o conflito.

Deve-se fazer uma ressalva quanto à questão da neutralidade. O ser humano, por sua natureza, não é completamente neutro e tampouco o mediador. Dessa forma, quando o mediador intervém buscando a reflexão das partes, também a fará com base em seus paradigmas,,

preconceitos e valores, porém, deve ativamente trabalhar para evitar que tais pré-conceitos, afetem sua neutralidade em mesa (BRAGA NETO, 2020, p. 239).

Os mediadores, para realizarem seu trabalho da melhor forma possível, devem criar um *rapport* com as partes (TARTUCE, 2018, p. 228). *Rapport* é a criação de um relacionamento harmonioso e de confiança, entre as partes e o mediador, através de acolhimento, validação dos sentimentos, legitimação dos participantes (ALMEIDA, 2014, p. 6). Essa confiança é elemento fundamental para o funcionamento do procedimento.

Ademais, o mediador também utiliza de técnicas com intuito de facilitar a comunicação entre as partes e extrair delas a maior quantidade de informações possíveis de forma que ambas possam chegar a um consenso. O mediador deve possuir uma escuta ativa, não só para as conversas verbais, mas para as não verbais, observando narrativas que auxiliem a identificar pontos em comuns (BRAGA NETO, 2020, p. 240) Deve possuir um conhecimento aprofundado do procedimento de mediação, do conflito e todas as suas possíveis manifestações, assim como saber identificar e desconstruir impasses.

Em suma, são necessárias diversas qualificações para que o mediador possa realizar seu trabalho da melhor forma, facilitando a comunicação das partes para que as mesmas venham a protagonizar uma solução. É uma atividade delicada e complexa que requer preparo, sensibilidade e habilidades.

2.4.3 O papel do advogado

Alguns doutrinadores acreditam que não há espaço para os advogados no procedimento da mediação, uma vez que o mecanismo é regido pelo princípio da autonomia das partes, garantindo o protagonismo das partes presentes no conflito, e pelo princípio da informalidade. Induzindo que, por se tratar de um processo mais amigável e informal, não haveria espaço para a burocracia apresentada pelos advogados (TARTUCE, 2018, p. 221).

No entanto, essa linha de pensamento está equivocada, uma vez que o papel do advogado é fundamental à mediação. As partes nem sempre têm conhecimento aprofundado sobre o conflito ao qual se encontram, dessa forma, tendo em vista o princípio da decisão informada, os advogados terão o objetivo de garantir o interesse das partes, sem retirar o protagonismo dos mediandos (BORGES, 2017, p. 234).

As vontades dos envolvidos diretamente na mediação devem ser preservadas e respeitadas, cabendo ao advogado, por meio de indagações e seus conhecimentos específicos, ajudarem no retorno da comunicação. O advogado, irá de certa forma, auxiliar o mediador, pois deve vir para mesa de mediação com uma mentalidade diferente da empregada em processos jurisdicionais, auxiliando as partes para serem pessoas capazes e preparadas para resolverem os próprios conflitos. Os advogados devem, assim como os mediadores, se qualificar na arte da comunicação pacífica e negociação (MAIA NETO, 2017, p. 236).

2.4.4 O descaso com a mediação no cenário atual

A mediação é um procedimento que possui suas raízes no oriente, mas que vem sendo utilizado cada vez mais no ocidente. No entanto, esse processo, comparado a outros métodos, têm sido mais lento. Jorge Alberto de Macedo Acosta Jr, faz um interessante paralelo, a respeito da marginalização generalizada da mediação no mundo ocidental.

Para o autor, a ideia de modernidade se perpetuou com a cultura europeia, que coloca o si próprio como o centro de tudo, o que acaba por gerar uma sociedade violenta que objetifica o outro e acaba por diminuir e marginalizar qualquer outra cultura. Assim a mediação, que possui raízes ocidentais e africanas, foi (in)conscientemente submetida como cultura e método inferior, não fazendo sentido para a lógica de dominação moderna (2014, p. 46).

Apesar disso, já começa a se ver a disseminação desse método no ocidente, quando há a veiculação do termo *Alternative Dispute Resolutions* pela sociedade ocidental Estadunidense (ACOSTA JR, 2014, p. 46). A mediação começa a ser disseminada e recomendada para diversos conflitos, sendo um deles os conflitos empresariais, por ser um método mais célere e menos dispendioso. Esse procedimento tende a ser finalizado bem antes de qualquer processo judicial ou arbitral, como exemplo a Lei de Mediação, prevê que o procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação (BRAGANÇA; BRAGANÇA, 2020, p. 105).

Ademais, o interesse dos empresários nesse mecanismo é, muitas vezes, a tentativa de manter um relacionamento com a outra parte (caso economicamente interessante), evitando a perda de oportunidade e o rompimento de relações continuadas (GABBAY, 2018, p. 2). Além disso, outro grande benefício é de que o conflito permaneça em sigilo, evitando o escrutínio da mídia.

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, uma pesquisa realizada em 2011 apresenta os dados de que 98% das 1.000 maiores empresas qualificadas pela Revista Fortune, revista de negócios Americana, já utilizavam a mediação na solução de seus conflitos, alegando que os resultados eram excelentes (GOMES; BIAZZI, 2017, p. 3). A Associação dos Magistrados Brasileiros em 2015, indicou que 40% dos processos em andamento no Judiciário poderiam ser resolvidos através de alguma das ADR's (SALES; RIBEIRO, 2020, p. 372).

No entanto, a mediação empresarial ainda não é altamente procurada em cenário nacional, por diversos motivos como falta de conhecimento na prática, desconfiança quanto à efetividade, questões culturais da sociedade em geral e dos agentes de direito, mesmo com as legislações vigentes que validam o procedimento (GOMES, BIAZZI, 2017, p. 2). Segundo Fernanda Bragança e Laurinda Fátima Bragança a utilização da mediação nos conflitos empresariais ainda é pouco aplicada e ainda menos por pequenas e médias empresas (2020, p. 98).

Esta concepção é desinformada, já que a mediação tem como objetivo alcançar diversos objetivos: melhores resultados financeiros; processos céleres; melhora de imagem junto a consumidores, por não estar envolvida em processos e a melhora do relacionamento com a outra parte.

2.5 ARBITRAGEM COMO MEIO HETEROCOMPOSITIVO

Como já desenvolvido anteriormente neste trabalho, a arbitragem possui uma rica história evolutiva e segundo Matheus Carreteiro, pode ser dividida em três grandes fases até a atualidade. A primeira delas é delineada do período da Idade Média até o século XVIII, onde foi marcada pela livre utilização do processo, sem a intervenção de mecanismos estatais ou leis locais. A segunda fase inicia-se no final do século XVIII, até meados do século XX. Nesse período, houve a tentativa de intervenção dos Estados soberanos sobre o procedimento, já que era visto como impróprio. O poder estatal, não admitia que um método de solução de conflitos fosse mais efetivo e eficiente que a própria jurisdição (2013, p. 06).

Por fim, a terceira fase, é marcada pela maior autonomia da vontade das parte e autoridade dos árbitros na regulamentação da arbitragem, iniciando-se assim um processo de maior construção de regras em torno do procedimento, para que o mesmo pudesse abranger e solucionar uma maior gama de conflitos, a fim de facilitar as relações comerciais. Nos últimos 60 anos houve grande desenvolvimento arbitral no cenário internacional, através de diversos

regulamentos, tais como: Convenção de Genebra de 1927, Convenção de Nova York de 1958, Lei Modelo da UNCITRAL de 1985 (CARRETEIRO, 2013, p. 06).

Nesse mesmo diapasão, o procedimento arbitral percorreu um longo caminho na história jurídico-brasileira. O procedimento deixou de ser uma ferramenta hipotética, considerada por muitos doutrinadores como um procedimento primitivo e de retrocesso, para um ADR altamente sofisticado (CARMONA, 1993, p. 53).

A arbitragem é um dos principais métodos para resolver controvérsias internacionais envolvendo Estados, indivíduos e grandes corporações (REDFERN *et al*, 2015, p. 5). Essa progressiva utilização, além da quantidade e da importância dos casos submetidos à arbitragem, tem gerado um novo olhar para como o cidadão lida com o conflito e como há outros métodos a serem explorados (FRAZÃO, 2017, p. 1).

Em sua essência, é um procedimento simples. As partes irão escolher um ou mais indivíduos que entendam como preparados e dispostos para deferir um julgamento para o litígio (REDFERN *et al*, 2015, p. 5). Este indivíduo será o árbitro que irá ouvir as partes e a partir desse momento, considerar todas as provas e questões para tomar uma decisão. No Brasil, essa decisão equivale a um título executivo judicial e possui efeito idêntico à sentença dada ao pelo judiciário, não podendo ser questionada, sendo final e decisiva.

A arbitragem é heterocompositiva, possuindo um terceiro imparcial que irá julgar e decidir. Marco Antônio Lorencini, afirma que apesar de ser um procedimento adjudicatório, as semelhanças com o Judiciário terminam por aí, uma vez que se encontra na esfera privada, não necessariamente levando a lei em conta, embora submetido a regras de *due process* (2020, p. 77)

Não é surpreendente, então, que tal procedimento seja veiculado para aqueles que querem uma decisão rápida e definitiva. Na esfera dos negócios, o procedimento arbitral vem cada vez mais sendo preferido, uma vez que é um procedimento célere em comparação com o processo judicial e para as grandes empresas, tende a ser menos dispendioso, quando se considera todos os gastos de um processo. Carlos Alberto de Salles, dispõe que o processo arbitral tende a ser um custo único alto, inicialmente mais caro do que o do processo judicial, no entanto, enquanto o processo judicial continua a gerar gastos contínuos devido a sua morosidade, a arbitragem tem um fim mais expedito (SALLES, 2020, p. 327).

Assim, é um procedimento atrativo para resolução de litígios comerciais. Atualmente, as grandes empresas prezam pela sua imagem e a arbitragem, como um meio de solução de

conflito confidencial, auxilia nesse departamento, gerando um ambiente em que as empresas possam solucionar os seus litígios longe dos olhos das mídias. Em contraponto, essa falta de transparência e accountability, pode ser vista de forma negativa por evitarem um ideal de justiça imposto na sociedade (FRAZÃO, 2017, p. 1).

Outro ponto positivo para as disputas comerciais arbitrais é que as partes escolhem o árbitro, portanto, será alguém que possui conhecimentos profundos a respeito do tema. Essa maior especialização dos árbitros, é capaz de gerar uma decisão justa e viável para aqueles que estão em busca da solução ao seu litígio (LORENCINI, 2020, p. 77-78).

O Brasil, segundo o ranking da CCI de 2016, é considerado o quinto território que mais utiliza do procedimento arbitral (VIVIANI, 2017, p. 1). Ademais, o crescimento da arbitragem tem sido visto nos conflitos nacionais, devido a alteração da Lei de Arbitragem em 2015, que aplacou questões abertas na disposição de 96 (VIVIANI, 2017, p. 3). Esse procedimento se firmou no cenário jurídico brasileiro como o método de resolução de conflito para resolver litígios comerciais de valor expressivo (LORENCINI, 2020, p. 78). A arbitragem é, portanto, um método que vem ganhando o seu próprio espaço perante as sociedades mundiais.

2.5.1 Arbitragem, procedimento e princípios

O processo arbitral é altamente pautado no direito privado, sendo utilizado em demandas que envolvam direitos patrimoniais disponíveis e poderes jurisdicionais investidos por meio de Contrato. Segundo Natália Mizrahi Lamas, a arbitragem possui alguns princípios basilares: o contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento, que permitem que o processo arbitral alcance o intuito desejado. Além desses, outros princípios podem ser identificados a partir da prática e da doutrina da arbitragem: a separabilidade da convenção de arbitragem, o *Kompetenz-Kompetenz* e a não revisão do mérito da sentença arbitral, assim como a autonomia da vontade (2018, p. 41 *et seq.*).

O princípio do contraditório, fundamental em todos os aspectos do direito, garante às partes a possibilidade de produção de prova, participando do processo. A ideia central é de que o julgador só poderá proferir sua decisão, após as partes terem a devida oportunidade de se manifestarem sobre ela (LAMAS, 2018, pp. 42-43).

A imparcialidade, fundamental tanto à jurisdição estatal, quanto à arbitral, é o princípio que garante a equidistância do árbitro entre as partes para que a decisão final seja justa. A decisão também deve ser motivada, assim o princípio do livre convencimento motivado dispõe a respeito da valoração da prova. Lamas afirma que o árbitro pode recorrer às suas máximas de experiência, porém não podem julgar baseado apenas nela, tendo que levar em consideração as provas apresentadas (2018, pp. 44-45).

Ademais, o princípio de igualdade das partes garante oportunidades similares para as partes, mesmo que não possam aproveitá-las de forma igualitária. Isso não significa dizer que as partes terão tudo de forma exatamente igual durante o processo, uma vez que uma delas pode renunciar ou perder o direito. O princípio garante que as partes tenham as mesmas oportunidades na escolha do árbitro que irá atuar na demanda (LAMAS, 2018, pp. 45-47).

O princípio da separabilidade da convenção arbitral dispõe que a convenção arbitral independe do contrato em que está inserida, assim caso o contrato seja nulo, a convenção de arbitragem ainda estará válida “cria um autonomia artificial da convenção de arbitragem em relação ao contrato, a fim de protegê-la” (LAMAS, 2018, p. 48). Ademais, a cláusula compromissória, um gênero da convenção de arbitragem, possui as mesmas características.

Há também o princípio da autonomia da vontade das partes, em que as partes possuem poder e autonomia para tomar suas decisões, sendo essa autonomia indispensável para que haja o procedimento arbitral. As partes devem, portanto, conscientemente anuir a arbitragem para que a mesma seja válida (VIDAL, 2016, p. 33).

A jurisdição do árbitro é atribuída por meio da convenção de arbitragem, assim, para firmar essa autonomia, foi criado o princípio *kompetenz-kompetenz*, que permite que as alegações de inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem sejam encaminhadas aos árbitros (vide, art. 8º, LAB). Caso seja identificada uma nulidade na cláusula compromissória, pode-se abster do princípio em questão para que o judiciário prossiga com a análise de mérito, por questões de economia processual (LAMAS, 2018, p. 56-58).

Por fim, a decisão arbitral é definitiva, portanto, não prevê qualquer tipo de recurso, não possuindo uma instância revisora das decisões dos árbitros. A Lei de Arbitragem, dispõe apenas sobre as ações anulatórias, sendo as hipóteses relacionadas apenas a erros de procedimento, com objetivo de desconsideração da sentença arbitral e mesmo nesses casos, a análise do mérito não é refeita pelo judiciário (LAMAS, 2018, p. 59).

2.5.2 Autonomia da cláusula compromissória

A Convenção de Arbitragem é um tipo de acordo feito entre as partes para levar o conflito a um juízo arbitral, podendo ser dividida de duas formas: tanto como compromisso arbitral, onde as partes, em razão de um litígio que já tomou forma, decidem instaurar o procedimento arbitral de forma judicial; quanto como cláusula arbitral ou compromissória, onde as partes decidem em contrato que em caso de conflito, o foro inicial será o da arbitragem (VIDAL, 2016, p. 42).

Previamente a implementação da Lei de Arbitragem, apenas o compromisso arbitral poderia instituir um juízo arbitral, por conseguinte, a cláusula compromissória não teria investidura para afastar a competência do judiciário, tão pouco instituir o juízo arbitral. Gustavo Pane Vidal dispõe que o Protocolo de Genebra de 1923 previu eficácia a cláusula compromissória nos contratos internacionais celebrados entre partes de países signatários. Porém, foi com a entrada em vigor da Lei 9.307/96, que as duas espécies de convenções de arbitragem passam a ter a mesma aplicabilidade e eficácia, passando a ser atas, de igual forma, a afastar a jurisdição estatal e instituir o procedimento arbitral (CARMONA, 2003, p. 77).

A cláusula arbitral/compromissória pode apresentar diversos aspectos, como nomear uma instituição arbitral para administrar o procedimento, aderindo a essas regras ou estabelecendo algumas premissas a partir da sua autonomia privada; estabelecer qual parte do conflito será discutida em arbitragem; escolher a sede de arbitragem, a quantidade e qualificação dos árbitros; a escolha entre uma lei aplicável ou uma arbitragem por equidade; como a definição da responsabilidade pelo pagamento das despesas e honorários (VIDAL, 2016, pp. 44-45).

Apesar disso, existe uma especificidade que torna a cláusula compromissória cheia/completa ou vazia/incompleta. A incompleta, é aquela que não dispõe dos elementos necessários para nomeação dos árbitros. Por sua vez, a completa é aquela que direta ou indiretamente estipula a forma que se dará a nomeação do árbitro ou árbitros, considera-se direta quando a nomeação dos árbitros é disposta no próprio requisito e indireta quando as partes se reportam a instituição especializada na administração arbitral (VIDAL, 2016, pp. 47-48).

É importante que a cláusula arbitral seja considerada completa, pois trará celeridade e imediatividade para dar início ao procedimento arbitral, inexistindo necessidade de um compromisso arbitral, já que as particularidades já foram acordadas entre as partes. Isso porque as partes terão que celebrar um compromisso arbitral, caso haja uma cláusula

compromissória vazia, quando se iniciar o conflito, vide art. 6º LAB, ou deverão fixar a nomeação dos árbitros através de intervenção judicial, vide art. 7º, o que atrasará o início do procedimento (VIDAL, 2016, p. 49).

2.5.3 Tutela de urgência

Para o desenvolvimento do ponto central deste trabalho, é indispensável o entendimento de alguns pontos mais específicos do procedimento arbitral. Como já visto anteriormente, um dos principais princípios do procedimento arbitral é o *kompetenz-kompetenz*, que diz respeito aos poderes que os árbitros possuem no procedimento arbitral. Ao tempo que o mesmo possui diversos poderes de tomada de decisão, o árbitro não possui todos os poderes que compõem a jurisdição estatal (COSTA, 2013, p. 45). Um dos poderes atribuídos aos árbitros ao longo da evolução doutrinária e da legislação foi o reconhecimento dos poderes arbitrários no proferimento das medidas de urgência (GUILHARD, 2016, p. 68).

As tutelas de urgência possuem caráter antecipatório, vez que são medidas que procuram garantir o bem ou direito que a parte está procurando adquirir com o processo antecipadamente ou que tenham o intuito de proteger a eficácia do processo para que siga da melhor forma possível (CARRETEIRO, 2016, p. 29).

Dessa forma, a tutela de urgência se torna uma importante ferramenta na luta contra corrosão de direitos do decurso do tempo de processo (COSTA, 2013, p. 57). Portanto, segundo Mateus Aimoré Carreiteiro, as tutelas são “técnicas adequadas para realização do princípio de efetividade do processo” (2016, p.395). Com a reforma da Lei da Arbitragem foram incluídos os arts. 22-A e 22-B que tratam especificamente sobre as tutelas cautelares ou de urgência.

Via de regra, o Tribunal Arbitral é quem irá apreciar e definir qualquer medida de urgência requerida, quando já instituída a arbitragem. No entanto, caso a parte deseje solicitar a tutela de urgência antes da instituição do Tribunal Arbitral, terá que pleiteá-la a partir de duas medidas: da submissão do litígio a um árbitro de emergência (que será utilizado apenas para decidir a situação de emergência, não integrando o tribunal arbitral futuro), desde que o regulamento de arbitragem assim preveja (GUILHARD, 2016, p. 91).

A não opção de um árbitro de emergência, levará a Parte a submeter o pleito ao judiciário que será encarregado de deferir as medidas de urgência. Assim, a medida de urgência seja

apreciada até que o tribunal arbitral seja constituído (GUILHARD, 2016, p. 90). É necessário entender quais os poderes atribuídos ao Poder Judiciário para decretar medidas de urgência, pois analogamente ao disposto no início desse ponto, houve a renúncia do poder de decisão do judiciário pelas partes.

O art. 22-A da Lei de Arbitragem, possibilita que as partes recorram ao Judiciário para concessão de medidas cautelares ou de urgência, antes da instituição do Tribunal Arbitral. Após o início do procedimento arbitral, a decisão judicial será reavaliada e poderá ser mantida ou alterada, vide art. 22-B. Por fim, outro ponto de importância perante esse instituto é que, após a decisão, a parte possui apenas 30 dias para requerer o início da arbitragem, sob pena da cessação da eficácia da medida de urgência. Segundo Pedro Guilhardi, a tutela provisória de urgência antecedente seguirá perante o Poder Judiciário até a efetiva formação do juízo arbitral, que poderá rever a medida (2016, p. 96).

2.5.4 Estado e arbitragem: reconhecimento e execução das sentenças arbitrais

A imutabilidade da sentença arbitral foi um dos motivos pelo qual o instituto foi tão bem recebido no Brasil, ampliando e consolidando a sua relevância social perante a Sociedade (GONÇALVES, 2018, p. 167). Assim, uma das principais características desse instituto, é a impossibilidade de requerer qualquer tipo de recurso para rever o mérito do litígio. A arbitragem, como meio heterocompositivo, dá ao árbitro o poder de decretar uma prestação jurisdicional, proferindo sentença arbitral que tem equivalência à sentença judicial.

A sentença arbitral pode ser classificada de formas divergentes, porém complementares. As principais classificações que serão tratadas neste trabalho são as sentenças terminativas e definitivas e as sentenças parciais e finais. As sentenças terminativas são aquelas que tratam a respeito de questões processuais, já as definitivas dão uma resposta ao mérito da causa. Por sua vez as sentenças parciais dispõe apenas sobre alguns pontos do mérito, normalmente sendo incluída na sentença final e possuem o objetivo de dar celeridade ao processo, “dando ensejo ao “fatiamento” do julgamento de mérito”. Porquanto, as sentenças arbitrárias finais dão fim ao procedimento ao julgarem o litígio em sua integridade (WALKSMAN, GOMES JR., BRENNEKE, 2014, p. 282).

Os requisitos de uma sentença arbitral não divergem daqueles definidos para a sentença judicial, assim é necessário o relatório com os fundamentos da decisão, os dispositivos

utilizados para resolução do conflito, o prazo para cumprimento da decisão e a data e o local em que foi proferida.

Uma vez emitida a sentença arbitral, a arbitragem é entendida por encerrada, apesar de ainda existir alguns remédios processuais que podem ser utilizados. A priori, as partes possuem cinco dias para solicitar àqueles que presidem o procedimento para que corrija qualquer erro material da sentença arbitral ou esclarecer uma possível dubiedade da sentença ou se faltou manifestação em relação a algum ponto (LEMES, 2005, p. 26-28).

A sentença arbitral, de acordo com o art. 31 da Lei de Arbitragem, tem caráter de título executivo, possuindo caráter executório imediato que perdurará *ad aeternum*, a não ser que haja decisão em favor da anulação da sentença (KUYVEN, 2012, p.767).

Ademais, após prolação da sentença, encerra-se o encargo do árbitro ou Tribunal Arbitral, e após noventa dias sem propositura de ação de anulação a sentença passa a ter caráter de coisa julgada. Como resultado, a imutabilidade da sentença é definida, obrigando as partes a respeitá-la. Assim, há uma inércia quando a sentença virá coisa julgada perante o poder judiciário e a arbitragem, sendo as partes impedidas a discutirem e decidirem de forma diferente da que foi previsto. No entanto, enquanto no judiciário existem diversos remédios processuais para rever o mérito, a arbitragem tem apenas sua primeira decisão (CARMONA, 2009, p. 56).

Espera-se que o cumprimento da sentença arbitral seja espontâneo, devido a voluntariedade de instauração do procedimento para resolver o litígio e devido ao princípio da boa-fé. Ademais, existem alguns meios de pressão para induzir o cumprimento da decisão, como uma imagem prejudicada perante o mercado; o eminente custo e risco de de um processo estatal com impugnação dos laudos; por fim, podem ser feitas algumas sanções corporativas (como no Juízo Arbitral da BM&FBovespa que impede o inadimplente de continuar a atuar no mercado se deixar de cumprir a decisão) (CARMONA, 2009, p. 381).

Apesar da existências de medidas arbitrárias coercitivas, as mesmas nem sempre são suficientes para evitar a intervenção estatal. Isso porque o árbitro não possui o poder de império (concedido apenas ao Juiz) para ajuizar medida de força coercitiva caso esse cumprimento não ocorra de livre vontade (KUYVEN, 2012, p.767). Dessa forma, a sentença arbitral deve ser cumprida voluntariamente até 15 dias após o recebimento, e caso haja resistência de cumprimento espontâneo, a parte vitoriosa terá que requisitar a execução da

decisão ao juiz togado, pagando as custas judiciais e juntando cópia integral dos autos e da sentença arbitral (WALKSMAN, GOMES JR., BRENNEKE, 2014, p. 283).

2.5.4.1 Nulidade das sentenças arbitrais

Apesar de não haver medidas recursais no procedimento arbitral, nada impede que a sentença não possa ser submetida a reexame. No momento que a sentença é proferida, ela passa a ter capacidade de coisa julgada, o que significa que a partir desse momento o objeto da ação não poderá mais ser rediscutido (PEREIRA, 2008, p. 845). Conquanto, para que haja a verdadeira consolidação de coisa julgada, é necessário que ocorra também o trânsito em julgado, momento em que a sentença não pode mais sofrer nenhum tipo de recurso. Portanto, o período de esgotamento das possibilidades de revisão da sentença arbitral é de 90 dias após o recebimento da notificação da mesma (PEREIRA, 2008, p. 847).

Dessa forma, o mérito da arbitragem não poderá ser rediscutido em nenhum momento e caso seja utilizado algum dos remédios processuais, este ou terá o poder de anular a sentença por questões meramente processuais (ação anulatória), de solicitar pedido de esclarecimentos (embargos de declaração), ou de rever e complementar a sentença, caso árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem (ação de complementação) (GONÇALVES, 2018, p. 170). Para ser proposta uma ação de anulação da sentença arbitral, deve-se apresentar uma das situações previstas no rol taxativo do art. 32 da Lei 9.307/1996.

De acordo com Mauro Pedroso Gonçalves, a nulidade da sentença arbitral tem oito hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem. A primeira hipótese é caso seja nula a convenção de arbitragem, pois aplica-se o art. 166 e 167 do CC, uma vez que a mesma é considerada um negócio jurídico. A segunda hipótese dispõe sobre a nulidade caso o árbitro possua algum tipo de impedimento, suspeição, parcialidade ou dependência para atuar no cargo. O inciso terceiro caracteriza nulidade a sentença arbitral que não possui todos os requisitos para se tornar completa, como disposto no art. 26 da LAB.

Outrossim, o quarto inciso apresenta a possibilidade de nulidade de sentença que esteja em desacordo com as disposições definidas na convenção arbitral, que irão guiar o procedimento, vez que constituem a explícita vontade das partes. Já o inciso quinto foi revogado pois dispõe

de nulidade de sentença que não decidisse todo o litígio definido em arbitragem e isso agora não mais gera nulidade mas sim a requisição para complementação da sentença.

Por fim, o sexto, sétimo e oitavo incisos, respectivamente, declaram que será nula a sentença que seja comprovada que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva, posto que os árbitros são equiparados a funcionários públicos, sentença que seja proferida fora do prazo definido na convenção arbitral para apresentação da mesma ou que desrespeitem os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, derivados do devido processo legal (2018, p. 169-170).

Caso o pedido de ação anulatória seja julgado como procedente, restabelece-se a situação anterior à apresentação e torna-se possível a prolação de nova sentença arbitral, exceto nos casos de nulidade da convenção arbitral e por descumprimento de prazo proposto da convenção arbitral, art. 32, I, VII, da LAB. Nesses dois casos, há o afastamento permanente da jurisdição arbitral, mas não há impedimento para que firmem nova convenção arbitral (GONÇALVES, 2018, p. 171).

3 CLÁUSULAS ESCALONADAS

Os tribunais brasileiros estão inundados de processos de todas as áreas do direito. Atualmente, aproximadamente 76 milhões de processos se encontram pendentes de julgamento. Como já elencado anteriormente, a partir desse panorama, surge o questionamento do que pode ser feito para que possíveis desacordos, advindos de contrato firmado entre as partes, sejam geridos de forma eficaz e não escalem, perpetuando o conflito de interesses e afetando relações que de outra forma poderiam ser produtivas (CNJ, 2022, p. 31).

É sobre essa perspectiva que surge a aplicação dos métodos adequados de resolução de conflito, como meio de evitar que os conflitos sigam para o judiciário e permitir que sejam resolvidos de forma pacífica.

Além disso, questiona-se que meios podem ser efetivados para prevenir tais questões, ou seja, que cláusulas podem as partes introduzir no contrato a fim de manter os riscos acima mencionados sob controle e que podem constituir uma alternativa genuína para a resolução de litígios que surjam relacionados com a criação, edição ou extinção da relação jurídica contratual (GAVRILÃ; IORDAN, 2021, p. 105-106).

Assim, surgiram as cláusulas escalonadas, ou cláusulas multietapas, que são aquelas que preveem a utilização sequencial dos diversos meios adequados de solução de conflito em caso de desacordo contratual, e de forma geral, a combinação mais conceituada é aquela que intercala meios consensuais e adjudicatórios (LEVY, 2013, p. 173).

3.1 O QUE SÃO CLÁUSULAS ESCALONADAS

As cláusulas escalonadas, nesse contexto multietapas, são cláusulas que têm como principal objetivo a criação de um design perfeito para a resolução da disputa em questão. Apesar desse ser um procedimento que pode ser adaptado como as partes melhor entenderem, é praxe que se a cláusula escalonada inicie com meios de resolução amigável, de forma a tentar evitar o procedimento arbitral ou litigante (LEVY, 2013, p. 173). As cláusulas passam a estabelecer regras que devem ser obedecidas e que tem o intuito de encontrar soluções consensuais antes que o litígio possa ser submetido à arbitragem ou ao tribunal (GAVRILÃ; IORDAN, 2021, p. 106).

Dessa forma, tipicamente, os primeiros passos nas cláusulas escalonadas são uma obrigação de participar de uma negociação ou ser auxiliado em uma mediação ou conciliação. Para tomar tais medidas eficazes, deve ser previsto que o litígio só possa proceder para arbitragem ou tribunal, após ter se verificado que os esforços acordados não foram bem sucedidos. Ademais, a vinculação que as partes atribuem as etapas é igualmente indispensável para a eficácia da cláusula (GAVRILÃ; IORDAN, 2021, p. 106).

Por conseguinte, deve-se considerar que o intuito de tais cláusulas é de restituir a relação ou ao menos, mantê-la o mais amistosa quanto possível (JOLLES, 2006, p. 329). Estudos demonstram que essas cláusulas têm sido mais aplicadas em contratos complexos, de longa duração e de execução continuada, visando, de forma prioritária, a manutenção dos vínculos comerciais entre as partes através de construções de soluções para os eventuais conflitos que podem se apresentar durante a vigência do contrato (LEVY, 2013, p. 174). Ademais, é factível afirmar que qualquer contrato envolvendo parcerias ou subcontratações, podem ser abalados pelas desavenças levadas a julgamento e processos longos podem comprometer toda a relação, pelo desconforto que tais situações podem gerar, além de outros fatores.

Dessarte, iniciar a resolução do conflito instaurando uma arbitragem ou o poder judiciário, gera a quebra do contrato automática, o que apenas escala a tensão entre as partes. Todavia, em sua maioria, os conflitos podem ser resolvidos sem afetar a relação das partes ou a longevidade do contrato, caso seja utilizado esse cenário multifásico (GAVRILÃ; IORDAN, 2021, p. 109-110).

Uma das grandes questões das cláusulas escalonadas são os efeitos muitas vezes limitados que sua utilização no ordenamento jurídico pode produzir. Tais efeitos limitados são consequência da falta de força vinculativa conferida pelos dispositivos legais, principalmente quando a respeito das consequências caso haja descumprimento (GAVRILÃ; IORDAN, 2021, p. 107).

3.2 TIPOS DE CLÁUSULAS ESCALONADAS

As cláusulas escalonadas são, portanto, aquelas que indicam formas de solução de conflitos graduais, através de inúmeras possibilidades de combinação. Os procedimentos multietapas podem incluir o *mini-trial*, dispute resolution boards, negociações, conciliações, perícias,

desenhos de construção de consenso, mediações, arbitragens, entre tantos outros (LEVY, 2013, p. 199).

Definir a cláusula escalonada de resolução de conflitos que melhor se adequa ao contrato em questão, requer algumas considerações: entender se há prazos ou estipulações contratuais que dependam de uma janela temporal; se há necessidade de existir um tempo para que as partes se reestabeleçam antes de iniciar outro método de resolução de conflitos; qual poderia vir a ser a natureza técnica de potenciais conflitos; quais são os interesses financeiros das partes; qual é a previsão de duração de contrato e da relação entre as partes; ou até que ponto as partes querem possuir controle sobre a disputa. É aconselhável que haja algum tipo de opinião técnica de terceiro imparcial durante algum dos procedimentos escolhidos, uma vez que isso pode ajudar as partes a entrarem em um consenso (KOHL; RIGOLET, 2019, p. 431-432).

Apesar da extensa possibilidade de métodos e combinações multi etapas, existem algumas combinações que são mais exploradas. De forma que surgem diversos procedimentos sequenciais, tais quais: arbitragem-mediação (“arb-med”); arbitragem-mediação-arbitragem (“arb-med-arb”); arbitragem-conciliação-arbitragem (“arb-con-arb”); arbitragem-conciliação-mediação-conciliação-arbitragem (“arb-con-med-con-arb”) e a mediação-arbitragem (“med-arb”), delimitadas como as mais comuns no panorama atual (MAIA, 2021, p. 63-64).

O procedimento arb-med, desenvolve a arbitragem de forma mais célere, em torno de um dia, em que o árbitro profere a decisão e a guarda em um envelope, para ser aberto após o procedimento de mediação. Esse método escalonado dispõe, normalmente, sobre questões econômicas, de perdas e danos em negociações empresariais. A vantagem desse tipo de cláusula é a pressão gerada pela decisão já definida e existente, assim as partes se sentem compelidas a chegar a um acordo em sede de mediação (MAIA, 2021, p. 66).

Já o procedimento arb-med-arb, tem o intuito de criar um momento durante o procedimento arbitral, para que as partes iniciem a mediação. Essa cláusula não vem com o intuito de permitir que as partes resolvam o conflito, mas que, se viável, cheguem a algum acordo parcial (de matéria procedimental ou material), que seriam posteriormente apresentadas ao Tribunal arbitral para sentença (MAIA, 2021, p. 66)

De forma similar, a cláusula arb-con-arb, inicia-se com uma reunião em que os árbitros expõe uma preliminar do conflito ou uma minuta oral da sentença, após isso as partes poderão iniciar a conciliação e caso esta não seja bem sucedida, os árbitros irão prolatar a sentença.

Em países que utilizam common law, esse tipo de cláusula não é bem vista por ser considerada uma apelação pré sentença (MAIA, 2021, p. 67)

Uma das cláusulas multi-etapa mais extensas é a arb-con-med-con-arb, onde os árbitros apresentam as partes as considerações mais relevantes do caso e permitem que as partes discutam na tentativa de chegar a um acordo. Caso essa etapa não seja bem sucedida, pode-se iniciar a mediação com um terceiro neutro que irá conduzir e apresentar possíveis cenários de negociação. Não havendo sucesso, inicia-se novo processo de conciliação em que o próprio tribunal pode demonstrar suas posições sobre o caso e sugerir possíveis acordos. Sem consenso, a arbitragem é reiniciada e uma decisão vinculante será proferida pelos árbitros. Para bom funcionamento, uma cláusula dessa magnitude precisa ser bem delineada, tanto no papel, quanto na prática, para que seja benéfica às partes. Aqueles que já utilizaram desse sistema, dispõem que não precisará retomar a arbitragem, chegando a uma solução consensual previamente (MAIA, 2021, p. 67-68).

Por fim, a cláusula escalonada mais conhecida é a med-arb, que é o cerne dessa exposição. Essa cláusula unirá dois processos diferentes, um autocompositivo e outro heterocompositivo. Inicia-se com a mediação e caso esse procedimento não seja bem sucedido, a arbitragem será instaurada e o árbitro ou o tribunal arbitral irão proferir a sentença (LEVY, 2013, p. 212).

Outrossim, Marina Maia expõe que há também as cláusulas paralelas onde os procedimentos escolhidos ocorrem de forma simultânea e de forma similar as cláusulas híbridas ou processos híbridos, onde os conflitos são vistos como um todo e são resolvidos pelos mesmos terceiros, há crítica relacionada a esse processo é a dificuldade de distinguir os diferentes procedimentos uma vez que os papéis acabam se interligando (o que pode ser mais econômico porém nem sempre é positivo para as partes) (2021, p. 66).

3.3 CLÁUSULAS ESCALONADAS MED-ARB

A arbitragem e a mediação são dois institutos que em sua história, compartilham o âmbito privado e são considerados opções alternativas à tutela jurisdicional. Os procedimentos possuem lógicas diferentes, não sendo substituíveis, nem tão pouco, concorrentes e foram evoluindo ao longo do tempo e seguindo caminhos diferentes.

Fernanda Levy acredita que os dois processos podem gerar uma grande parceria e fornecer soluções adequadas para as partes que se encontram em litígio. A arbitragem fornece ao procedimento força decisória e vinculativa, que percorre todo o processo, inclusive o da mediação, permitindo que as partes possam buscar um consenso sabendo que se isso não for possível, poderão exercer seus direitos de acordo com um direito previsível (2013, p. 173).

A mediação, por sua vez, agrega ao processo em conjunto com a possibilidade da manutenção ou reconstrução do diálogo e a construção conjunta de uma solução amigável para o conflito, pode inclusive, favorecer soluções para conflitos que surjam dentro do processo arbitral (2013, p. 193-197). “A mediação é mais comum e encontrada na prática porque proporciona, de acordo com os autores, as melhores condições para uma potencial resolução amigável de litígios.” (GAVRILÃ; IORDAN, 2021, p. 107).

Portanto, os procedimentos se auxiliam criando um ambiente propício para diálogo que mesmo sem acordo, facilitará o próprio processo arbitral, podendo inclusive, vir a reduzir os custos e tempo de gestão do conflito (LEVY, 2013, p. 197). Em contraste, segundo Dilyara Nigmatullina, se as partes alcançarem um acordo durante a mediação, podem converter a decisão mediada em sentença arbitral vinculante perante o mundo todo pela convenção de Nova York (2016, p. 40). Outro grande ponto desse instituto é sua fluidez, que pode ser tanto uma vantagem, quanto uma desvantagem, uma vez que a falta de estrutura pode gerar diversos conflitos de exequibilidade (OGHIGIAN, 2002, p. 82).

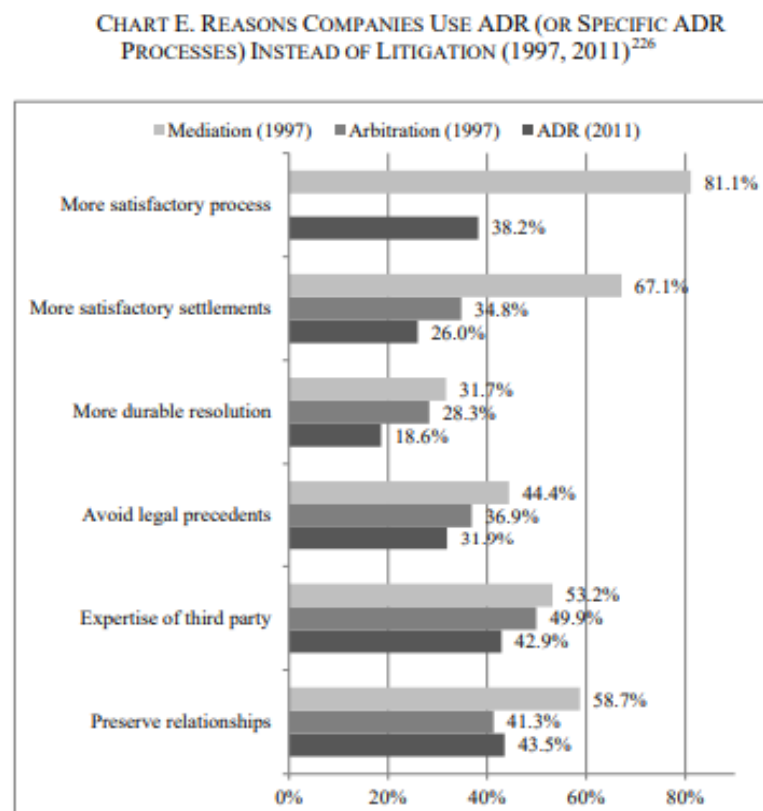
Existem um grande crescimento de variações de procedimentos envolvendo mediação e arbitragem: iniciando com a mediação e depois seguindo com o procedimento arbitral para resolver algumas questões mal resolvidas e depois reiniciando a mediação; mediação, para depois iniciar a arbitragem e no meio do procedimento, reiniciar a mediação para tentar alcançar alguma resolução de conflito. A sequência mais conhecida, é iniciar a mediação e se não bem sucedida, prosseguir com a arbitragem para deliberar uma sentença (LEVY, 2013, p. 200).

De acordo com diversos estudiosos, o termo med-arb é mais comumente utilizado para definir qualquer tipo de procedimento que envolva mediação e arbitragem, seja ele combinado ou sequenciado (NIGMATULLINA, 2016, p. 40-41). No presente estudo, utilizaremos o termo para tratar do procedimento sequencial que inicia-se com a arbitragem e segue para mediação.

3.3.1 Cláusulas escalonadas med-arb nos contratos empresariais

O âmbito empresarial com o passar dos anos torna-se um dos maiores adeptos da aplicação de cláusulas escalonadas nos contratos. A análise de mercado é a de que, através dos meios adequados de resolução de conflitos as empresas podem: evitar a morosidade do judiciário, drenando ano a ano o caixa do negócio; diminuir o custo com o litígio, uma vez que um processo mais célere tende a ser mais barato a longo prazo; permitir que a empresa mantenha sua boa imagem e por fim, não gerar qualquer tipo de precedente futuro para a sociedade. Como pode ser visto na análise feita na pesquisa Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration, and Conflict Management in Fortune 1000 Corporations pela Harvard Negotiation Law Review.

Tabela 1 - Gráfico E. Razões pelas quais Companhias usam ADR (ou específicos métodos de ADR) ao invés de litigação (1997, 2011)



Fonte: STIPANOWICH; LAMARE (2014)

Conflitos mal resolvidos ou processos longos e desgastantes impedem a criação de valor das empresas, custam demasiadamente, geram diversos riscos e reduzem a capacidade de decisões, muitas empresas perderam sua posição de liderança no mercado por não saber a melhor forma de lidar com os conflitos. O impacto gerado por tais controvérsias e o método

para lidar com elas passa a ser extremamente importante para as empresas (LEVY, 2013, p. 133).

Assim, os fatos acima explicitados, atrelados ao fato de que arbitragem é um processo caro e devem acontecer apenas entre partes que são consideradas hipersuficientes: “pleno domínio da técnica e presunção de capacidade financeira na tomada de decisões e/ou negociação de forma autônoma por ambas as partes de um contrato” geram uma maior utilização dos métodos de ADR para alguns conflitos e áreas específicas (TORRES, 2020, p. 03).

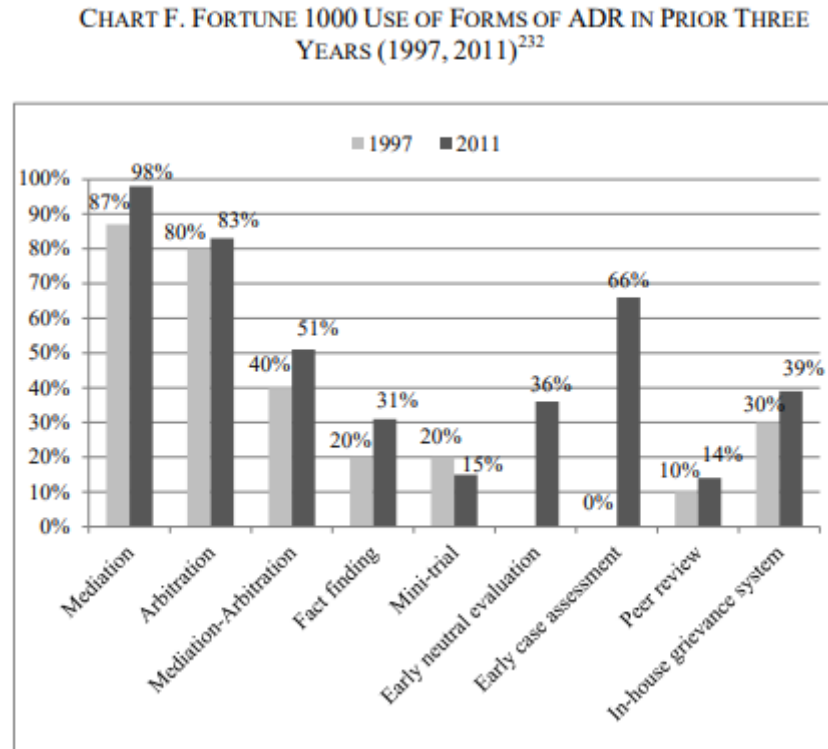
Nesse mesmo ditame, a mediação empresarial, segundo Fernanda Levy, tem dois gêneros, o primeiro é o da mediação corporativa, que disporá sobre os conflitos existentes dentro da sociedade, entre integrantes do corpo de funcionários ou do quadro societário; o segundo gênero é denominado mediação comercial, que abrange os conflitos na relação da empresa com seus fornecedores e compradores (2013, pp. 129-130).

Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business co-operation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road¹.

A definição de mediação empresarial, se aplica de forma equiparada à arbitragem empresarial e seus gêneros, assim, esses dois métodos tem uma aplicação vasta no cenário empresarial e passaram a ganhar visibilidade com a utilização atrelada dos dois (LEVY, 2013, p. 135). Corroborando com o que foi apresentado, a pesquisa intitulada “Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration, and Conflict Management in Fortune 1000 Corporations”, dispõe o crescimento tanto da mediação, quanto da arbitragem, no cenário comercial.

¹ “Relacionamentos de natureza comercial incluem, mas não estão limitados, às seguintes transações: qualquer transação comercial para distribuição ou troca de bens ou serviços: acordos de distribuição, representações comerciais ou contratos de agência, factoring, financiamento, atividade bancária, seguros, acordo de exploração ou concessão, joint venture e outras formas de cooperação industrial ou comercial, transporte de bens ou passageiros por ar, mar, via férrea ou estrada (BLACKBAY, *et al*, 2009, p. 12, tradução nossa).

Tabela 2 - Gráfico F. Utilização dos métodos de ADR pelo Fortune 1000 nos três anos prévios (1997, 2011)

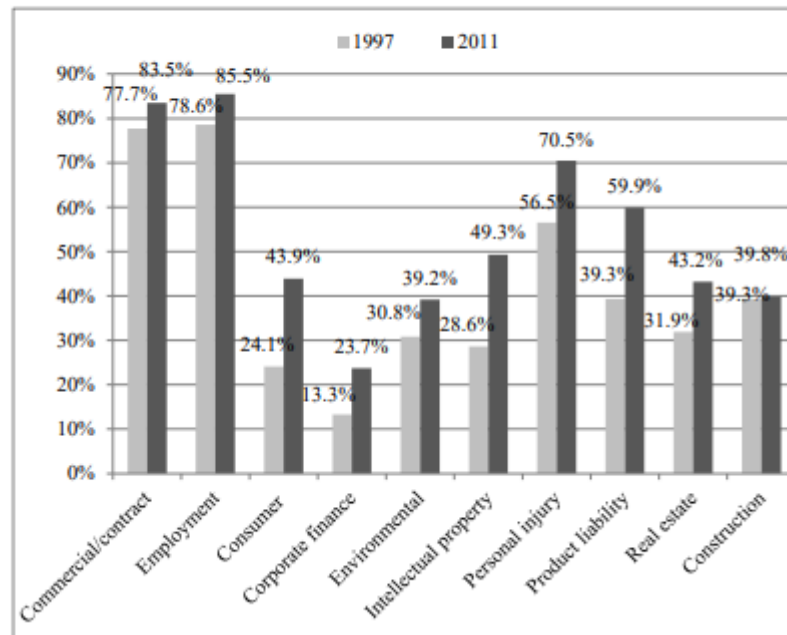


Fonte: STIPANOWICH; LAMARE (2014)

A partir dessa pesquisa, foi possível identificar diversas áreas em que houve conflitos e foi requerido os procedimentos de mediação e arbitragem para dispor de uma solução. As áreas que mais procuraram dos ADR foram as de (i) contratos/comercial, (ii) laboral, (iii) danos pessoais, (iv) responsabilidade pelo produto e (v) construção. Ademais, é possível identificar que de 1997 para 2011, houve um crescimento considerável na utilização da mediação enquanto que, na arbitragem, a procura continua alta, porém, houve uma leve queda.

Tabela 3 - Gráfico G. Uso da Mediação nos três anos anteriores para diferentes tipos de disputas (1997, 2011).

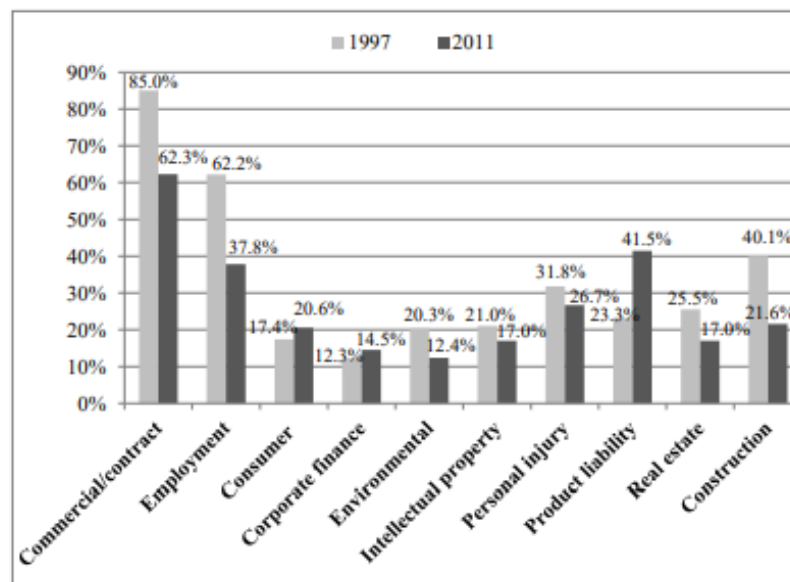
CHART G. USE OF MEDIATION IN PRIOR THREE YEARS FOR DIFFERENT KINDS OF DISPUTES (1997, 2011)²⁵³



Fonte: STIPANOWICH; LAMARE (2014)

Tabela 4 - Gráfico H. Uso da Arbitragem nos três anos anteriores para diferentes tipos de disputas (1997, 2011).

CHART H. USE OF ARBITRATION IN PRIOR THREE YEARS FOR DIFFERENT KINDS OF DISPUTES (1997, 2011)²⁵⁶



Fonte: STIPANOWICH; LAMARE (2014)

Em uma pesquisa diferente, intitulada “FATOS E NÚMEROS DE 2020-2021”, realizada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). Em

2020 e 2021, o tipo mais comum de disputa submetida à arbitragem no CAM-CCBC dizia respeito a Conflitos Societários envolvendo acordos de acionistas e contratos de compra de ações. Além disso, os demais litígios que foram submetidos à câmara, estavam atrelados a contratos da área empresarial e a contratos celebrados, em média, há mais de 4 anos (CAM-CCBC, 2021, p. 19).

Tabela 5 - Matéria das Disputas.

MATÉRIA	%	MATÉRIA	%
Societária	50,48	Societária	46,09
Infraestrutura, Construção e Energia	21,90	Infraestrutura, Construção e Energia	21,88
Venda de Bens e Fornecimento de Serviços	14,29	Venda de Bens e Fornecimento de Serviços	17,97
Franquias	4,76	Bancário e Financeiro	4,69
Seguro	3,81	Seguro	3,13
Cessão de Créditos	1,90	Cessão de Créditos	3,13
Bancário e Financeiro	1,90	Franquias	1,56
Entretenimento	0,95	Imobiliária	1,56

Fonte: CAM-CCBC, 2021.

Assim, através dos dados apresentados, torna-se claro que as cláusulas escalonadas, e especialmente, as cláusulas escalonadas med-arb, são utilizadas nos contratos empresariais de forma incidente, devido a compatibilidade do procedimento, com os conflitos que surgem neste âmbito do direito. Dessa forma, este trabalho tratará de forma aprofundada, os efeitos da cláusula escalonada em contratos empresariais.

3.3.2 Cláusulas escalonadas med-arb no cenário internacional

A arbitragem comercial internacional, por conta da sua flexibilidade procedimental, tem sido um meio extremamente atrativo de resolução de disputas há mais de um século. Em contraponto, a utilização dos outros meios de resolução de conflitos, como complementos ao procedimento arbitral, são mais recentes, ainda mais no mundo ocidental, tendo se iniciado em 1970 nos Estados Unidos e em 1990 (KAYALI, 2010, p. 551).

Dilyara Nigmatullina, em uma pesquisa realizada no ano de 2014, com respostas coletadas em duas conferências internacionais: 2014 ICC Mediation Week e a APRAG 2014 Conference, foi possível aferir que os países que utilizavam da common law no pacífico-asiático experimentaram a utilização de cláusulas escalonadas med-arb mais frequentemente do que os países da Europa continental (2016, pp. 44-52).

Assim, a mudança vem acontecendo de forma lenta, porém, cada vez mais, os meios alternativos de resolução de conflitos vem sendo utilizados e de forma adjunta, as cláusulas escalonadas vem sendo aplicadas em contratos comerciais internacionais. No entanto, é necessário que as cláusulas sejam pensadas com antecedência, prevendo futuros conflitos, diversos problemas de execução de cláusulas escalonadas ocorrem por conta da falta de planejamento (KAYALI, 2010, p. 552).

Grande parte desse crescimento acontece por conta do aumento da complexidade das relações contratuais, além de tratados que estimulam esse tipo de método escalonado de resolução de conflito, como o NAFTA e o Mercosul, que aconselham a mediação prévia à arbitragem (SANTOS, 2013, p. 08). A pesquisa “International Arbitration: Corporate attitudes and practices, 2008”, realizada através da Escola de Arbitragem Internacional da Universidade de Queen Mary de Londres, conduzida por Crina Baltag, Professor Dr. Loukas Mistlis e Stavros Brekoulakis, demonstra que 25% dos casos submetidos à arbitragem são solucionados antes da sentença, desses, 43% alcançaram acordo antes da primeira audiência arbitral. A análise demonstra que 27% desses acordos foi devido à vontade dos participantes de preservar o relacionamento comercial e mais de 40% das empresas fecharam acordos depois da sentença arbitral. Dessa forma, 92% das disputas arbitrais são resolvidas em algum estágio durante o procedimento arbitral (SCHOOL FOR INTERNATIONAL ARBITRATION, 2008, p. 02).

Ademais, a pesquisa “The Use of ADR in U.S Corporations” realizada conjuntamente entre o Institute on Conflict Resolutions at Cornell’s School of Industrial and Labor Relations, Foundation for the Prevention and Early Resolution of Conflict (PERC) e Price Waterhouse LL, conduzida com mais de 600 empresas do Forbes 1000, constatou-se que a maioria das empresas já teve experiência com arbitragem e 97% dessas empresas utilizou mediação como meio de resolução de conflito e 47% utilizaram cláusulas escalonadas (LEVY, 2013, p. 204).

Grande parte dessa mudança resulta da proatividade das grandes empresas em resolver conflitos emergentes antes de métodos heterocompositivos se tornarem a única alternativa (SANTOS, 2013, p. 10). Essas cláusulas são comumente encontradas em contratos internacionais de construção, como os modelos padrões dispostos pela International Federation of Consulting Engineers (“FIDIC”) Conditions of Contract for Construction (“Red Book”), FIDIC Conditions of Contract for Plant and Design-Build (“Yellow Book”) (BAIZEAU, 2018, p. 2784).

O ICC (International chamber of commerce) dispõe de quatro possíveis fórmulas de cláusulas escalonadas:

Optional ADR: The parties may at any time, without prejudice to any other proceedings, seek to settle any dispute arising out of or in connection with the present contract in accordance with the ICC ADR Rules.

Obligation to consider ADR: In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties agree in the first instance to discuss and consider submitting the matter to settlement proceedings under the ICC ADR Rules.

Obligation to submit dispute to ADR with an automatic expiration mechanism: In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties agree to submit the matter to settlement proceedings under the ICC ADR Rules. If the dispute has not been settled pursuant to the said Rules within 45 days following the filing of a Request for ADR or within such other period as the parties may agree in writing, the parties shall have no further obligations under this paragraph.

Obligation to submit dispute to ADR, followed by ICC arbitration as required: In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties agree to submit the matter to settlement proceedings under the ICC ADR Rules. If the dispute has not been settled pursuant to the said Rules within 45 days following the filing of a Request for ADR or within such other period as the parties may agree in writing, such dispute shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules of Arbitration (KAYALI, 2010, p. 556).²

Apesar do crescimento da utilização das cláusulas escalonadas med-arb nos contratos internacionais, alguns questionamentos ainda surgem em relação a sua coercitividade. Mais especificamente em relação ao procedimento prévio à arbitragem e qual seria o nível de vinculação que o mesmo teria caso não fosse cumprido. Ademais, quem teria o poder a decidir sobre tais questões processuais, a arbitragem ou as cortes internacionais definidas em contratos? (JOLLES, 2006, p. 329).

Problema principală a acestor clauze o reprezintă lipsa puterii obligatorii conferite prin norme legale imperative și care astfel ridică problema nivelului până la care părțile pot stabili obligativitatea unor asemenea pași și care sunt consecințele pe care părțile le pot întâmpina în măsura în care nu respectă o asemenea clauză.³

²MACS opcional: As Partes podem, a qualquer momento, sem prejuízo a qualquer outro procedimento, procurar resolver qualquer disputa advinda do presente contrato de acordo com as ICC ADR Rules.

Obrigações de considerar MACS: No evento de qualquer disputa surgir fora ou dentro da presente relação contratual, as Partes concordam que em primeira instância irão discutir e considerar submeter o litígio a um método de resolução de conflitos de acordo com as ICC ADR Rules.

Obrigações de submeter a disputa a uma MACS com um mecanismo de expiração automática: No evento de qualquer disputa advinda do presente contrato ou fora do mesmo, as partes concordam em submeter o assunto a um método de resolução de conflitos de acordo com as ICC ADR Rules. Se a disputa não tiver alcançado um acordo em conformidade com as ICC ADR Rules dentro de 45 dias após a requisição para utilizar de uma MAC, ou outro período determinado pelas partes por escrito, as partes não terão mais qualquer tipo de obrigações termos deste parágrafo.

Obrigações de submeter as disputas a algum dos métodos de resolução de conflitos, seguidos da arbitragem pela ICC como requisitado: no evento de qualquer disputa advinda fora ou dentro do contexto do presente contrato, as partes se obrigam a submeter a questão a um método de resolução de conflitos de acordo com as ICC ADR Rules. Se a disputa não tiver alcançado um acordo em conformidade com as ICC ADR Rules dentro de 45 dias após a requisição para utilizar de uma MAC, ou outro período determinado pelas partes por escrito, a disputa deverá ser decidida sobre as Regras de Arbitragem da ICC por um ou mais árbitros, apontados de acordo com as Regras de Arbitragem (KAYALI, 2010, p. 556, tradução nossa).

³ O principal problema com tais cláusulas é a falta de força vinculativa conferida por normas legais obrigatórias, o que levanta a questão de saber até que ponto as partes podem tornar tais passos vinculativos e que

Na Suíça, de forma generalizada, existem doutrinadores que visualizam a questão de forma divergentes, enquanto uns entendem que a primeira etapa da cláusula escalonada seria considerada como condição preliminar a arbitragem, não sendo cabível o início do procedimento até a conclusão da mediação e nem sendo válida sua iniciação. Em contraponto, existem estudiosos do tema que visualizam a mediação como uma provisão substantiva, assim como outras cláusulas contratuais, não sendo suficiente para impedir o início da arbitragem, mas apenas para requerir aquilo que é devido ao se descumprir um ponto do contrato (JOLLES, 2006, p. 329-332).

Já em outros países, como Alemanha, Estados Unidos e Inglaterra, entendem que a mediação prévia é essencial e vinculante, de forma que deve ser conduzida antes que se possa iniciar o procedimento arbitral (JOLLES, 2006, p. 332-333). Na Romênia, de forma semelhante, a Câmara de Comércio e Indústria de Bucareste (CCIB) sugere a redação da cláusula escalonada, para que a mesma se torne vinculativa ao procedimento: “Orice litigiu decurgând din, sau în legătură cu, prezentul contract (incluzând orice litigiu referitor la încheierea, executarea sau desființarea lui) se va soluționa prin procedura medierii în cadrul Centrului de Mediere de pe lângă CCIB.”⁴ (GAVRILĂ; IORDAN, 2021, pp. 108-109).

Esse ainda é um tema dissonante perante a doutrina internacional, o que, conseqüentemente, tende a desvalorizar as cláusulas no cenário comercial, vez que as partes procuram estabilidade ao pensarem na utilização da mesma. Ao mesmo tempo, os casos tratados internacionalmente tendem a aderir a decisões mais fortemente baseadas na ideia de soluções pragmáticas para as partes, do que na doutrina e rigidez da lei (JOLLES, 2006, p. 334).

3.3.3 Utilização das cláusulas escalonadas med-arb no cenário brasileiro

As cláusulas med-arb ganharam grande repercussão no cenário nacional, com a difusão dos meios alternativos de resolução de conflito e a partir da força adquirida com a legislação vigente. A Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que passou a regulamentar a arbitragem, bem como, o NCPC buscou inserir nas cláusulas que dispõe sobre o procedimento comum cível, os métodos adequados de resolução de conflito em busca do desafogamento do Poder

conseqüências as partes podem enfrentar se não cumprirem tal cláusula (GAVRILĂ; IORDAN, 2021, pp. 107-108, tradução nossa).

⁴ Qualquer litígio resultante ou relacionado com o presente contrato (incluindo qualquer litígio relativo à sua celebração, execução ou rescisão) será resolvido pelo procedimento de mediação no Centro de Mediação da CCIB (GAVRILĂ; IORDAN, 2021, p. 109, tradução nossa).

Judiciário e por fim, a Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que rege a matéria de mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias (REIS, 2019, p. 1900).

A legislação que trata desses dois procedimentos facilitou a incidência e a disseminação isolada dos mesmos no direito brasileiro. No entanto, ainda não se pode dizer o mesmo a respeito da utilização dos dois meios adequados de resolução de conflitos de forma conjunta, apesar de já haver um certo incentivo na aplicação das cláusulas escalonadas med-arb pelas entidades arbitrais que preveem a utilização dos meios combinados em seus regulamentos (LEVY, 2013, p. 205).

O incentivo nacional vem crescendo, uma vez que instituições como o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), a Câmara de Mediação, Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp e Arbitragem da Eurocâmaras ampliam seus estudos na área de mediação, expandindo o painel de mediadores e tomando iniciativas para a utilização do instituto, assim como para cláusulas escalonadas (LEVY, 2013, p. 206). O Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, por exemplo, a partir da Resolução Administrativa nº 36/2019 (“RA 36/19”), vem concedendo descontos aos procedimentos Med-Arb (CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ, 2021, p. 29).

Quando as partes, após uma mediação, iniciarem uma arbitragem no CAM-CCBC, o valor total das taxas de administração da mediação que foram pagas serão descontados da taxa da arbitragem. Se as partes decidirem iniciar uma mediação após o início de um procedimento arbitral, será concedido um desconto de 50% da taxa administrativa da mediação (CAM-CCBC, 2021, p. 29).

De acordo com dados divulgados pelo CAM-CCBC, no ano de 2021 houve 6 casos de mediação oriundos de contratos com cláusulas escalonadas, apesar do número não ser alto, quando comparado a 2020, a utilização dessas cláusulas duplicou. Ademais, 42% das mediações encerradas em 2020-2021 estiveram intimamente ligadas a um processo de arbitragem anterior ou subsequente (CAM-CCBC, 2021, pp. 28-29).

Em suma, as cláusulas escalonadas em território nacional ainda não apresentaram o mesmo crescimento e força quando em comparação a sua utilização internacionalmente, mas aos poucos vem ganhando espaço no mundo contratual. A timidez na utilização desse método é resultado da falta de entendimento da população sobre os métodos adequados de resolução de conflitos e seus benefícios. Da mesma forma, a obscuridade relacionada aos efeitos jurídicos completos da cláusula escalonada geram um panorama de insegurança àqueles que buscam sua utilização.

3.3.4 Importância do mediador e árbitro

As cláusulas escalonadas passaram por diversos períodos de mudança e evolução ao longo dos anos, especialmente por conta da mudança da legislação de mediação e arbitragem. Um dos pontos que evoluiu nas cláusulas escalonadas foi o envolvimento e a acumulação de função do mediador e do árbitro no procedimento.

O terceiro neutro tem como principal tarefa ajudar as partes a se dissociar do que aconteceu no passado e não pode ser alterado para remodelar o futuro, através de soluções criativas que condizem com os seus interesses. Esse papel é portanto um ponto indispensável em qualquer procedimento ADR e o sucesso desses procedimentos, depende em grande parte das habilidades do terceiro (mediador ou árbitro), para isso é essencial que as partes confiem e o identifiquem como alguém independente e imparcial (WALLGREN-LINDHOLM, 2006, p. 10).

A proposta do procedimento de mediação é a garantia de um espaço de confiança e confidencialidade que permita que as partes possam chegar a um acordo e no mesmo diapasão, assegure a possibilidade das partes reconstruírem sua relação (aqui, a confidencialidade, a confiança, assim como as outras técnicas de mediação são fundamentais). Para isso, é imperativo a facilitação de um mediador imparcial, assim como um árbitro imparcial é crucial e a ideia de que esse mediador, findo o procedimento, se torne árbitro é polêmica perante os estudiosos (LEVY, 2013, p. 217).

Existem duas posições doutrinárias divergentes em relação ao tema, a primeira entende que é inteiramente possível a acumulação de funções, chegando até a indicar tal modelo, assim a cláusula escalonada propõe que o mediador, caso não haja acordo, após consentimento das partes, atuará como árbitro. Já a segunda posição entende que esse acúmulo de funções pode acarretar diversos prejuízos para o procedimento multietapas. Dessa forma, mesmo sendo acolhido e consentido pelas partes, não deve ser observado, assim a cláusula estabelece que os processos devem ser guiados por pessoas diferentes (LEVY, 2013, p. 217).

Goldberg, Sander, Rogers e Cole afirmam que, no procedimento híbrido, o terceiro neutro primeiro inicia a mediação e facilita a conversa das partes para que as mesmas possam tentar chegar a um consenso. Caso isso não ocorra, segue como árbitro, proferindo uma decisão vinculante ao final do processo (2012, p. 308). No mesmo diapasão, Julian D. M. Lew,

Loukas A. Mistelis e Kroll Stefan, em seu livro *Comparative International Commercial Arbitration*, descrevem que, em seu cerne, a cláusula med-arb é um conjunto de procedimentos e que se a mediação não for bem sucedida, o mediador será convertido em árbitro, para dar continuidade com o procedimento arbitral (2003, p. 14).

De acordo com Paula Costa e Silva, uma das características fundamentais desse procedimento escalonado é de que a auto e heterocomposição tenham a mesma instância, de forma que na cláusula escalonada med-arb autêntica utiliza o mesmo terceiro neutro para realizar a mediação e a arbitragem (apud LEVY, 2013, p. 219). O entendimento desse segmento doutrinário é de que para se ter um processo de mediação, as partes devem estar sob plena autonomia das suas vontades, assim, uma vez que possuem autonomia para eleger uma pessoa de confiança para exercer ambas as funções (LEVY, 2013, 2019). Haig Oghigian, por sua vez, entendeu que a melhor forma de manter a imparcialidade em ambas as funções era invertendo a ordem do procedimento de med-arb, para arb-med (2002, p. 83).

Alguns autores ainda aduzem que as partes sentiram uma necessidade maior de finalizar o conflito na mediação por saberem que o mediador que acompanhou todo o procedimento irá proferir uma decisão vinculante para as partes, além de atribuir esse acúmulo de funções a uma possível redução de gastos em um procedimento altamente dispendioso (LEVY, 2013, p. 220). Por sua vez, Gracious Timothy e Kabir Duggal dizem que, do ponto de vista dos mediandos, esses podem entender que ao mediador se tornar árbitro, este terá a mesma compreensão, empatia e discernimento sobre as necessidades e interesses da parte (2021, p. 347).

Em contraponto, aqueles que são contra o acúmulo de funções demonstram diversos problemas relacionados a confidencialidade da mediação ser comprometida em procedimentos futuros e a imparcialidade do árbitro ser ameaçada devido a quantidade de tempo que passou com as partes e tudo que ouviu a respeito do conflito (LEVY, 2013, p. 221).

Fouchard, Gaillard e Goldman salientam que a confidencialidade é extremamente importante em procedimentos de mediação e arbitragem. Assim, a maioria das grandes regras internacionais, proíbe o uso do que foi apresentado como prova ou fazer qualquer tipo de referência a informações apresentadas durante o procedimento autocompositivo no decorrer do procedimento heterocompositivo, seja ele qual for (2008, p. 17).

Fernanda Levy pondera que o acúmulo de funções pode também prejudicar como as partes interpretam o procedimento autocompositivo, não querendo revelar algumas informações que,

do seu ponto de vista, podem prejudicá-las. Ademais, afirma que tal comportamento pode perdurar independente de ser definido que a decisão arbitral será baseada apenas naquilo que possa ser provado em sede do processo e não no que for dito em mediação, isso porque, mesmo que o mediador queira manter sua imparcialidade enquanto árbitro, será influenciado pelo que ouviu e vivenciou em sede de mediação (LEVY, 2013, p. 221).

Outrossim, Julian D M Lew, Loukas A Mistelis e Kroll Stefan, entendem que esse acúmulo de funções é prejudicial às partes que não seriam completamente abertas por medo do mediador, que recebe diversas informações altamente confidenciais e possivelmente prejudiciais, se tornaria o árbitro que proferirá uma sentença vinculante (2003, p. 14).

Por oportuno, Carlos Alberto Carmona ensina que as partes “devem ter a tranquilidade de poder revelar ao mediador ou conciliador os detalhes do contrato e suas expectativas de solução da controvérsia”. Da mesma forma, não entende que as partes seriam completamente receptivas ao procedimento se o profissional recomendado para facilitar a comunicação das partes em busca do conflito, seja a mesma que irá assumir a posição de “juiz” da futura demanda (2009, p. 34-35)

Além disso, parte do trabalho do mediador é criar um *rapport* com as partes, que nada mais é do que um acolhimento dos mediandos, construindo um cenário positivo para as narrativas de ambos os lados. É uma qualidade tanto não verbal em que o mediador demonstra interesse em validar os sentimentos e fala das partes, quanto verbal, em que o mediador cria uma espaço de confiança e dinamismo através de perguntas e outras técnicas (ALMEIDA, 2014, p. 47). Dessa forma, o *rapport* é essencial para a construção do procedimento e sem o mesmo, a mediação perde o sentido, caso haja o acúmulo de tarefas, não há como se criar um bom *rapport* e da mesma forma, não se cria a mesma relação de confiança dos mediandos para com o mediador.

Outro momento e técnica importante da mediação é o caucus. Caucus são reuniões privativas entre o mediador e um dos mediandos, procurando proporcionar um espaço exclusivo de conversa que deve ser mantido em confidencialidade absoluta, as revelações feitas nos caucus são importantes para a construção da mediação (ALMEIDA, 2014, p. 265 *et seq.*). Assim, Jacob Rosoff aponta que quando o terceiro neutro recebe informações que podem influenciá-lo para determinado lado, ele não mais será apto a continuar como árbitro imparcial caso a mediação falhe (2009, p. 90).

O mesmo autor afirma que há possibilidade de as partes envidarem esforços para desafiá-lo se o mesmo tornar-se tendencioso, ou a possibilidade que mediandos de má-fé procurem retirar o árbitro ou mediador do seu posto sem devido motivo, caso entendam que o procedimento não está indo a seu favor. A consequência mais severa desta cláusula sequenciada é a desqualificação do mediador-árbitro por conta de percepções tendenciosas. De acordo com o UNCITRAL Model Law (“Model Law”) art. 12(2), um árbitro pode ter seu posto desafiado se tiver motivo justificável para duvidar de sua imparcialidade. Apesar disso, o autor acha improvável sustentar essa objeção quando as partes tenham expressamente concordado no acúmulo de funções do terceiro imparcial (ROSOFF, 2009, p. 90 *et seq.*).

Apesar do acúmulo de funções entre mediador e árbitro ser criticado doutrinariamente, na prática, pesquisas apontam que há aceitação e acaba sendo utilizado com frequência. A pesquisa realizada por Bühring-Uhle, afirma que grande parte dos praticantes alemães, aproximadamente 40%, já presenciaram tentativas de realização de mediação pelo tribunal e presidente arbitral. O uso de um terceiro imparcial a parte para a realização da mediação foi apenas encontrado em países não americanos praticantes da Common Law. Na mesma pesquisa, 74% dos participantes entenderam que seria inapropriado o uso da mediação conduzida por mediadores não árbitros no mesmo procedimento, enquanto os 26% restantes vislumbraram de forma contrária (2006, p. 106 *et seq.*).

Apesar de haver diversos argumentos favoráveis ao acúmulo de funções do mediador e do árbitro no mesmo procedimento, Fernanda Levy entende que essa prática não é recomendável, pois contraria os princípios de confidencialidade e imparcialidade da mediação e da arbitragem. Ademais, poderia vir a comprometer a validade dos procedimentos devido a parcialidade, ou ainda, tornar os mesmos ineficientes, uma vez que as partes deixariam de participar do procedimento com o afincamento necessário (2013, p. 225).

Posta assim a questão, a legislação internacional ainda não chegou a uma decisão final sobre a divergência, como posto pela Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) que em seu artigo 13 sistematiza:

Unless otherwise agreed by the parties, the mediator shall not act as an arbitrator in respect of a dispute that was or is the subject of the mediation proceedings or in respect of another dispute that has arisen from the same contract or legal relationship or any related contract or legal relationship.⁵

⁵ Salvo acordo em contrário entre as partes, o mediador não atuará como árbitro em relação a uma disputa que foi ou é objeto do processo de mediação ou em relação a outra disputa que tenha surgido do mesmo contrato ou relação jurídica ou qualquer contrato ou relação jurídica relacionada (UNCITRAL, 2018, p. 17, tradução nossa).

No mesmo panorama, pode-se citar a Mediação Rules da International Chamber of Commerce (ICC), que em suas provisões gerais, não aconselha o acúmulo de funções, a não ser que todas as partes acordem dessa forma:

Unless all of the parties agree otherwise in writing, a Mediator shall not act nor shall have acted in any judicial, arbitral or similar proceedings relating to the dispute which is or was the subject of the Proceedings under the Rules, whether as a judge, an arbitrator, an expert or a representative or advisor of a party.⁶

Inobstante isso, o assunto chegou a um desfecho perante a legislação brasileira, que no bojo do art. 7º declarou que “O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador.” (BRASIL, 2015, p. 2).

Em contraponto a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP ainda não atualizou seu regulamento após a Lei de Mediação e apresenta cláusula em seu regulamento de mediação que permite o acúmulo de funções “6.3. Salvo convenção em contrário das partes, qualquer pessoa que tenha atuado como mediador ficará impedida de atuar como árbitro, caso o litígio venha a ser submetido à arbitragem.” (2013, p. 02).

Como se nota no Roteiro de Mediação do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá em seu artigo 11.1 veda de forma explícita o acúmulo de funções: “Qualquer pessoa que tenha atuado como Mediador ficará impedida de atuar como árbitro (e vice-versa) no mesmo conflito, no todo ou em parte.” (2016, p. 06)

O Regulamento de Mediação Empresarial da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial-Brasil (CAMARB) dispõe que no contrato de mediação deverá explicitar que o mediador não poderá atuar como árbitro no processo que envolva objeto que foi apresentado a mediação: “a previsão de que o mediador não poderá atuar como árbitro ou testemunha em processos judiciais ou arbitrais que tenham relação com o objeto do conflito trazido para a mediação” (2018, p.03).

3.3.5 Cuidados que devem ser observados na redação das cláusulas escalonadas med-arb

⁶ A menos que todas as partes acordem o contrário por escrito, um Mediador não participará nem deve ter participado em nenhum processo judicial, arbitral ou similar relacionado com a disputa que é ou foi objeto de algum desses procedimentos, nos termos do Regulamento, seja como juiz, árbitro, perito ou representante ou consultor de uma das partes (ICC, 2014, p. 07, tradução nossa).

As cláusulas escalonadas, como procedimento adequado de resolução de conflito, tem como um dos seus princípios fundamentais a sua flexibilidade. É inegável, portanto, que esse método híbrido pode então se comportar com uma multiplicidade de efeitos em cada contrato que é aplicado e devido a isso, sua redação é fundamental para entender a interpretação das cláusulas escalonadas no plano comercial transnacional contemporâneo.

De acordo com Álvaro López de Argumedo Piñeiro, existem diversos modos de elaborar a cláusula definindo o procedimento multi-etapas no corpo do contrato, estas podem ser redigidas de forma vaga e geral, informando que as partes devem realizar mediação pré arbitral, e outras são mais específicas e precisas, municiando ao máximo ambos os procedimentos (2010, p. 740).

Ambas as cláusulas possuem benefícios e malefícios, ao tempo que a cláusula escalonada imprecisa concede às partes a possibilidade de guiar o procedimento de forma mais fluida ao passo do surgimento do conflito, abre margem para a não utilização de um dos procedimentos e uma possível contestação a sentença arbitral proferida, assim como atraso futuro caso surja algum tipo de contestação. A cláusula mais detalhada, por outro lado, liga seus integrantes a uma estrutura pormenorizada, garantindo que o procedimento ocorrerá sem entraves. Com base no exposto, se faz necessário considerar que uma cláusula escalonada mal redigida pode colocar todo o procedimento em risco (PIÑEIRO, 2010, p. 740).

Inicialmente, é necessário analisar o contrato, assim como as partes e os possíveis conflitos que podem surgir, para entender qual tipo de cláusula deve ser aplicada e como o procedimento melhor funciona para aqueles que virão a utilizá-la (JONES, 2009, pp. 198). O Dr. Michael Komuczky, por exemplo, entende que, na maioria das vezes, para as partes que estão em contratos envolvendo construções, o processo de mediação seria muito lento já que é uma área que requer agilidade e ao mesmo tempo, seria ideal para as partes que tem interesse em relações comerciais de longo prazo nos contratos de construção (2021, p. 01)

Da mesma forma, externaliza-se três pontos que devem ser observados ao redigir o design da resolução do conflito: (i) adequar os devidos procedimentos de ADR escolhidos para o projeto e a ordem de escalonamento que deverá ser enumerado na cláusula; (ii) ponderar entre o que pode ser considerado desvantajoso que pode ser associado ao procedimento mal sucedido e a boa execução do contrato; e (iii) criação de transições entre um método adequado de resolução de conflito para o próximo, a fim de garantir o seu bom funcionamento na prática (KOMUCZKY, 2021, p. 02).

A importância da redação da cláusula escalonada está diretamente atrelada a aplicabilidade da mesma. Cláusulas mal redigidas criam a possibilidade de não vincularem a parte a mediação, ato que seria inaceitável, vez que perderia toda a coerência desse tipo de cláusula. Quanto mais clara e específica for a linguagem contratual utilizada para descrever o procedimento de mediação, maior será a probabilidade de que o tribunal arbitral reconheça sua natureza obrigatória e sancione qualquer falha de cumprimento (BAIZEAU, 2018, p. 2796).

De igual forma, de acordo com a legislação suíça, algumas outras pontuações são relevantes e devem ser levadas em conta para identificar se a mediação é de fato coercitiva: primeiramente, deve-se avaliar se a formulação da cláusula é permissiva utilizando de palavras como “é concedido às partes”, “podem”, ou se é mandatória e compulsória utilizando de asserções tais quais “obrigam-se”, “devem”(BAIZEAU, 2018, p. 2788). A natureza vinculativa da cláusula deve ser delimitada de forma clara (KOHL; RIGOLET, 2019, p. 443).

Em seguida, observa-se que é necessário uma delimitação de tempo para que o processo pré arbitral se inicie e seja concluído (mesmo que sem sucesso) antes de passar para a próxima camada, ou seja, que a mediação é pré-requisito para a instauração da arbitragem (BAIZEAU, 2018, p. 2788). É necessário definir-se exatamente quando ou que ato finaliza um procedimento e inicia o outro, assim como a mediação deve ser conduzida (KOHL; RIGOLET, 2019, p. 443). Outro ponto importante é a utilização de linguagem que demonstra clara intenção de utilizar a mediação e quais partes devem obrigatoriamente estar presentes nos procedimentos (BAIZEAU, 2018, p. 2788).

Por outro enfoque, normalmente, as partes tendem a redigir cláusulas que cobrem uma variedade grande de disputas (KOHL; RIGOLET, 2019, p. 434). No entanto, a cláusula escalonada pode limitar os litígios que podem ser levados à arbitragem, determinando apenas alguns conflitos que serão apresentados em tal sede.

Deve-se ter cautela ao minutar cláusulas com tal tipo de imposição, uma vez que isso pode ampliar a possibilidade de litigância sobre o próprio procedimento arbitral e pré-arbitral, para delimitar aquilo que deve ou não deve ser analisado pelo tribunal arbitral (FREYER, 1998, pp. 25-26). Se as partes não concordarem com a aplicação da cláusula no conflito, caberá ao judiciário ou ao tribunal arbitral a determinação se estava dentro ou fora do escopo delimitado inicialmente (KOHL; RIGOLET, 2019, p. 434).

Para uma cláusula ainda mais clara, é importante a designação de alguma das diversas organizações de mediação e arbitragem ao redor do mundo (avaliando todos os seus prós e

contras de forma a entender qual faz mais sentido para o conflito e as partes em questão), isso irá assegurar que todos os aspectos processuais essenciais estão cobertos, de forma a acelerar o processo (KOHL; RIGOLET, 2019, pp. 434-444).

Por sua vez, a decisão proferida em Aiton, comuna francesa, enumera o que deve ser implementado em uma cláusula escalonada para que a mesma se torne vinculante: (i) a cláusula deve deixar claro que o procedimento de mediação é um pré-requisito para instauração do procedimento arbitral; (ii) o processo estabelecido pela cláusula deve ser certo e específico; (iii) o processo para definir quem assumirá a função de mediação e os seus honorários deve ser especificado na redação, com mecanismos para que um terceiro decida caso as partes não cheguem em consenso; e (iv) a cláusula tem que detalhar o processo de mediação que deve ser seguido, ou incorporar as regras através de referências, indicando também que modelo e organização que será utilizada (JONES, 2009, pp. 196-197).

Por conseguinte, Fernanda Levy aponta que a redação da cláusula, além de todos os elementos que devem conter uma convenção de arbitragem, deve conter os seguintes pontos: a) identificação das partes; b) natureza da disputa e o contrato ao qual as partes estão vinculadas; c) que a disputa será conduzida por meio de dois procedimentos escalonados, estipulando os meios escolhidos e descrevendo-os; d) duração da primeira fase que compõe o escalonamento e por que modo será demonstrado seu início, cumprimento e término; e) previsão de mediação institucional ou *ad hoc* (neste caso, sob qual procedimento adotado); f) se a mediação será conduzida por um ou mais mediadores em comediação; g) critério de escolha dos mediadores; h) critério de substituição de mediadores escolhidos pelas partes; i) nacionalidade dos terceiros neutros; j) nacionalidade dos terceiros neutros; k) idioma a ser utilizado nos procedimentos; l) lugar dos procedimentos; m) confidencialidade da fase de mediação; n) se as partes poderão ser acompanhadas ou representadas pelos seus advogados, o) custos e formas de pagamento; p) se as medidas judiciais e/ou arbitrais podem ser tomadas durante o procedimento de mediação, inclusive medidas de urgência; e q) sanções pelo não cumprimento da fase de mediação (2013, p. 245).

Caso a mediação seja institucional, deve-se nomear explicitamente a entidade que administrará os procedimentos e seu regulamento, caso as partes assim desejem, irá nortear os procedimentos escalonados (LEVY, 2013, p. 246). Por fim, a legislação brasileira define os pontos intrínsecos à cláusula de mediação, no art. 22 da Lei nº 13.140/2015:

Art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo:

- I - prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite;
- II - local da primeira reunião de mediação;
- III - critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação;
- IV - penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação. (BRASIL, 2015, p. 03).

Dessa forma, no Brasil, tendo em vista o diploma normativo, a cláusula compromissória de mediação e, conseqüentemente, a cláusula escalonada med/arb devem observar apenas o disposto nos incisos do art. 22, § 2º da Lei de Mediação. No entanto, é aconselhado que a redação da cláusula combinada seja feita de forma minuciosa, objetivando a exposição clara da vontade das partes para que não haja qualquer tipo de incerteza acerca do procedimento a ser instaurado em eventual litígio. Esse tópico, é portanto, de tamanha relevância para a determinação de sua eficácia na prática que as maiores instituições de mediação e arbitragem do mundo possuem seus próprios modelos.

3.3.5.1 Duração do procedimento de mediação

Consonante com o que foi apresentado anteriormente, outro ponto relevante é a duração do procedimento pré-arbitral, uma vez que a utilização indevida da duração da fase de mediação pode colocar em risco o processo arbitral (LEVY, 2013, p. 229). Assim, a falta de definição sobre o prazo em que o procedimento de mediação irá começar e ser finalizado pode gerar problemas de implementação.

Ainda segundo Levy, essa má utilização do tempo pode ser causada por alguns motivos. Primeiramente, as partes podem ser motivadas pelo desejo de procrastinar o início e o seguimento do procedimento arbitral. Outra questão que pode surgir para as partes reivindicarem a instauração e conseqüentemente a sua participação na arbitragem é a alegação de que a mediação prévia não foi intentada, ou que não houve o esgotamento de todos os meios para tentar chegar a uma solução amigável para o conflito. Assim os árbitros terão que decidir sobre a instauração prematura da arbitragem e se houve um esgotamento de tentativas no procedimento anterior, não sendo esta uma tarefa fácil (LEVY, 2013, pp. 229-230).

Para definir o prazo da mediação devem ser levados diversos fatores em consideração, o número de partes envolvidas no litígio, o objeto do contrato, a urgência da solução da controvérsia e a distância entre a localidade das partes. Essa duração pode ser revista pelas

partes, o termo inicial não precisa ser cumprido integralmente, podendo a qualquer momento dar fim ao procedimento de mediação e da mesma forma, aumentá-lo caso seja necessário (LEVY, 2013, p. 231).

Apesar disso, os regulamentos das entidades arbitrais, como a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, a International Chamber of Commerce, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá e tribunais da Suíça, apontam para períodos que variam entre 30 a 90 dias para conclusão do procedimento pré-arbitral.

3.3.5.2 Mitigação da redação de cláusulas escalonadas med-arb a fim de evitar divergências interpretativas

Uma cláusula combinada mal estruturada ou má redação pode prejudicar todo o procedimento em questão, dessa forma, a elaboração do procedimento multietapas é fundamental para o menor desgaste possível das partes. Assim, as câmaras e instituições de mediação e arbitragem, que tendem a desenvolver maior partes destes trabalhos, apresentam modelos e orientações próprias. Nessa vereda, será feita a análise e aprofundamento dos modelos e minutas apresentados por diversas instituições, para mitigar divergências interpretativas da cláusula escalonada.

A ICC expressa que as partes devem buscar evitar qualquer tipo de ambiguidade, uma vez que “causam insegurança e atrasos e podem prejudicar ou até mesmo comprometer o processo de resolução de disputas”, mas que “são livres para adaptar a cláusula escolhida de acordo com as circunstâncias particulares do seu caso” (2022, p. 104).

A International Chamber of Commerce idealizou algumas cláusulas para as partes que desejarem recorrer ao procedimento previsto no Regulamento de Mediação da CCI. A primeira delas é a tornando a mediação opcional, abrindo precedente para que as partes possam, a qualquer momento, solicitar esse procedimento: “As partes poderão, a qualquer momento, sem prejuízo de qualquer outro processo, buscar a resolução de qualquer disputa oriunda do presente contrato ou a ele relacionada consoante o Regulamento de Mediação da CCI”.

A segunda minuta de cláusula estabelece a obrigatoriedade das partes de discutir entre si, se o conflito serão submetidos ao Regulamento de Mediação da CCI: “No caso de qualquer

disputa oriunda do presente contrato ou com ele relacionada, as partes acordam, em primeiro lugar, discutir e considerar, a submissão da questão ao Regulamento de Mediação da CCI.”

A terceira cláusula apresentada, garante a obrigatoriedade de realização da mediação submetendo-a ao Regulamento de Mediação da CCI, podendo a mesma ter o início paralelo ao da arbitragem. Assim sendo, a cláusula não obriga as partes a finalizarem o procedimento pré-arbitral, ou aguardar um período antes de instaurar a arbitragem, que é a resolução definitiva da disputa:

(x) No caso de qualquer disputa oriunda do presente contrato ou com ele relacionada, as partes devem inicialmente submeter a resolução dessa disputa ao Regulamento de Mediação da CCI. O início de um procedimento em conformidade com esse Regulamento não impede qualquer das partes de iniciar um procedimento de arbitragem, nos termos da subcláusula (y) abaixo.

(y) Todos os litígios oriundos do presente contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados nos termos desse Regulamento (2020, p. 105).

Por fim, a CCI (ICC) apresenta na redação da última cláusula, a mesma obrigatoriedade de submeter a disputa ao Regulamento de Mediação da CCI, no entanto só haverá a instauração da arbitragem após o final do período acordado para finalizar o procedimento pré-arbitral. A CCI sugere um prazo de 45 dias para realização da mediação:

No caso de qualquer disputa oriunda do presente contrato ou com ele relacionada, as partes acordam submeter essa disputa, em primeiro lugar, à mediação, em conformidade com o Regulamento de Mediação da CCI. Se a disputa não tiver sido solucionada segundo o referido Regulamento, no prazo de [45] dias após o Requerimento de Mediação ter sido apresentado ou dentro de outro prazo que venha a ser convencionado, por escrito, pelas partes, a disputa será solucionada definitivamente através de arbitragem, em conformidade com o Regulamento de Arbitragem da CCI, por um ou mais árbitros nomeados de acordo com o referido Regulamento de Arbitragem (2020, p. 106).

Nesse mesmo diapasão, o Centro Suíço de Arbitragem emitiu as Regras Suíças de Arbitragem Internacional em 2004 (atualizada em 2021) e as Regras Suíças de Mediação Comercial em 2007 (atualizadas em 2021). Nesses documentos, foi feita a disposição de cláusula escalonada med-arb:

Any dispute, controversy or claim arising out of or in relation to this contract, including the validity, invalidity, breach or termination thereof, shall be submitted to mediation in accordance with the Swiss Rules of Mediation of the Swiss Arbitration Centre in force on the date when the request for mediation was submitted in accordance with these Rules.

The seat of the mediation shall be... [city] in... [country], although the meetings may be held in... [city] in... [country].

The mediation shall be conducted in ... [specify desired language].

If such dispute, controversy or claim has not been fully resolved by mediation within 60 days from the date when the mediator(s) has (have) been confirmed or appointed

by the Swiss Arbitration Centre, it shall be settled by arbitration in accordance with the Swiss Rules of International Arbitration of the Swiss Arbitration Centre in force on the date when the Notice of Arbitration was submitted in accordance with those Rules.

The number of arbitrators shall be ... ["one", "three", "one or three"].

The seat of the arbitration shall be... [city] in... [country], although the meetings may be held in... [city] in... [country].

The arbitration shall be conducted in ... [specify desired language].

The arbitration shall be conducted in accordance with the provisions for Expedited Procedure [if so wished by the parties]⁷

A American Arbitration Association (AAA) oferece duas sugestões de cláusulas que envolvem tanto mediação, quanto arbitragem. A primeira cláusula apresentada é considerada a cláusula padrão de mediação que pode ser utilizada isoladamente ou em conjunto com uma disposição padrão de arbitragem. A redação da cláusula afirma que caso as partes não cooperem com o procedimento, perderão o seu direito de litigar:

If a dispute arises out of or relates to this contract or the breach thereof, and if the dispute cannot be settled through negotiation, the parties agree first to try to settle the dispute by mediation administered by the American Arbitration Association under its Construction Industry Mediation Procedures before resorting to arbitration. If a party fails to respond to a written request for mediation within 30 days after service or fails to participate in any scheduled mediation conference, that party shall be deemed to have waived its right to mediate the issue in dispute.⁸

Paralelamente, a cláusula apresentada para contratos que querem especificar o escalonamento dos métodos de resolução de conflitos é mais completa e define que as controvérsias

⁷ Qualquer disputa, controvérsia ou reclamação decorrente ou relacionada a este contrato, incluindo a validade, invalidade, violação ou rescisão do mesmo, deverá ser submetida à mediação de acordo com o Regulamento Mediação Suíça do Centro Suíço de Arbitragem em vigor na data em que o pedido de mediação foi apresentado de acordo com este Regulamento.

A sede da mediação será em... [cidade] em... [país], embora as reuniões possam ser realizadas em... [cidade] em... [país].

A mediação deve ser conduzida em... [especificar o idioma desejado].

Se tal disputa, controvérsia ou reclamação não tiver sido totalmente resolvida por mediação dentro de 60 dias a partir da data em que o(s) mediador(es) tiver(em) sido confirmado(s) ou nomeado(s) pelo Centro Suíço de Arbitragem, ela será resolvida por arbitragem de acordo com o Regulamento Suíço de Arbitragem Internacional do Centro Suíço de Arbitragem em vigor na data em que a Notificação de Arbitragem foi apresentada de acordo com esse Regulamento.

O número de árbitros será ... ["um", "três", "um ou três"].

A sede da arbitragem será... [cidade] em... [país], embora as reuniões possam ser realizadas em... [cidade] em... [país].

A arbitragem deverá ser realizada em ... [especificar o idioma desejado].

A arbitragem será conduzida de acordo com as disposições para o Procedimento Acelerado [se as partes assim o desejarem] (SWISS ARBITRATION CENTRE, 2021, n.p., tradução nossa)

⁸ Se uma disputa surgir de ou estiver relacionada a este contrato ou à sua violação, e se a disputa não puder ser resolvida através de negociação, as partes concordam em primeiro tentar resolver a disputa através da mediação administrada pelo Associação Americana de Arbitragem sob a Indústria de Construção Procedimentos de Mediação antes de recorrer à arbitragem. Se uma parte falhar em responder a um pedido por escrito de mediação dentro de 30 dias após o serviço ou não participar em qualquer conferência de mediação programada, essa parte deverá ser considerada como tendo renunciado a seu direito de mediar a questão em disputa (AAA, 2015, p. 07, tradução nossa).

relacionadas ao contrato, caso não resolvidas através da mediação, serão encaminhadas para o procedimento arbitral:

Any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or breach thereof, shall be settled by mediation under the Construction Industry Mediation Procedures of the American Arbitration Association. If a party fails to respond to a written request for mediation within 30 days after service or fails to participate in any scheduled mediation conference, that party shall be deemed to have waived its right to mediate the issues in dispute. If the mediation does not result in settlement of the dispute within 30 days after the initial mediation conference or if a party has waived its right to mediate any issues in dispute, then any unresolved controversy or claim arising out of or relating to this contract or breach thereof shall be settled by arbitration administered by the American Arbitration Association in accordance with its Construction Industry Arbitration Rules and judgment on the award rendered by the arbitrator(s) may be entered in any court having jurisdiction thereof.⁹

A London Court of International Arbitration (LCIA), de forma similar, sugere a redação de uma cláusula de mediação e um acréscimo a ser feito caso a parte descida por uma cláusula escalonada med-arb:

Mediation only: "In the event of a dispute arising out of or relating to this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, the parties shall seek settlement of that dispute by mediation in accordance with the LCIA Mediation Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause."

Mediation and Arbitration: "In the event of a dispute arising out of or relating to this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, the parties shall first seek settlement of that dispute by mediation in accordance with the LCIA Mediation Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause.

If the dispute is not settled by mediation within [.....] days of the commencement of the mediation, or such further period as the parties shall agree in writing, the dispute shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause.

The language to be used in the mediation and in the arbitration shall be [.....].

The governing law of the contract shall be the substantive law of [.....].

In any arbitration commenced pursuant to this clause,

(i) the number of arbitrators shall be [one/three]; and

(ii) the seat, or legal place, of arbitration shall be [City and/or Country]."¹⁰

⁹ Qualquer controvérsia ou reclamação decorrente ou relacionada a este contrato, ou violação do mesmo, deverá ser resolvida por mediação sob os Procedimentos de Mediação da Indústria da Construção da Associação Americana de Arbitragem. Se uma parte não responder ao pedido de mediação por escrito dentro de 30 dias após o serviço ou não participar de qualquer conferência de mediação programada, essa parte será considerada como tendo renunciado a seu direito de mediar as questões em disputa. Se a mediação não resultar na resolução da disputa dentro de 30 dias após a conferência inicial de mediação ou se uma parte renunciou a seu direito de mediar quaisquer questões em disputa, então qualquer controvérsia ou reivindicação não resolvida decorrente de ou relacionada a este contrato ou violação do mesmo será resolvida por arbitragem administrada pela Associação Americana de Arbitragem de acordo com suas Regras de Arbitragem da Indústria da Construção e o julgamento sobre a sentença proferida pelo(s) árbitro(s) poderá ser submetido a qualquer tribunal que tenha jurisdição sobre o mesmo (AAA, 2015, p. 08, tradução nossa).

¹⁰ Apenas mediação: "No caso de uma disputa decorrente ou relacionada a este contrato, incluindo qualquer questão relativa à sua existência, validade ou rescisão, as partes deverão buscar a resolução dessa disputa por

Outro exemplo é o dado pela Câmara Arbitral de Milão:

Le parti sottoporranno le controversie derivanti dal presente atto al tentativo di conciliazione previsto dal Servizio di conciliazione della Camera Arbitrale di Milano. Nel caso in cui il tentativo fallisca, le controversie, anche di natura non contrattuale, derivanti dal presente atto, relative o connesse allo stesso, saranno risolte mediante arbitrato secondo il Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, da un arbitro unico/tre arbitri**, nominato/i in conformità a tale Regolamento.¹¹

O International Institute for Conflict Prevention & Resolution - CPR, modelou as seguintes cláusulas para resolução de disputa:

Following the commencement of any arbitration, the parties shall endeavor to settle the dispute by confidential mediation under the CPR Mediation Procedure in effect on the date of this Agreement (the "CPR Mediation Procedure"). Unless they otherwise agree, the parties shall select a mediator from the CPR Panels of Distinguished Neutrals. If a mediation has already been initiated prior to the commencement of the arbitration pursuant to a CPR Mediation Model Clause, and if all parties consent, the previously appointed mediator may serve as the mediator under this Concurrent Mediation-Arbitration Clause. The mediation initiated under this Clause will continue until a written settlement agreement is reached, an award is delivered to the parties, or the procedure is terminated by agreement of the parties. Notwithstanding the foregoing, any party may withdraw at any time after attending the first substantive mediation conference, as provided in paragraph 3(b) of the CPR Mediation Procedure. The mediation shall be conducted in accordance with the CPR Protocol for Concurrent MediationArbitration (CMA) [currently in effect OR in effect on the date of this Agreement] (the "CMA Protocol") and the CPR Mediation Procedure, to the extent that Procedure is not inconsistent with this Clause or the CMA Protocol. Any settlement reached in the course of the mediation and before an award is made, shall be referred to the Arbitral Tribunal and, if the parties so agree, may be reflected in a consent award under Rule 21.5 of the CPR Rules for Administered Arbitration.¹²

mediação de acordo com as Regras de Mediação da LCIA, a referência às regras na cláusula às incorporá ao procedimento".

Mediação e Arbitragem": "No caso de uma disputa decorrente ou relacionada a este contrato, incluindo qualquer questão relativa à sua existência, validade ou rescisão, as partes buscarão primeiro a resolução dessa disputa por mediação de acordo com as Regras de Mediação de LCIA, a referência às regras na cláusula às incorporá ao procedimento.

Se a disputa não for resolvida por mediação dentro de [.....] dias após o início da mediação, ou dentro do período adicional que as partes acordarem por escrito, a disputa será encaminhada e finalmente resolvida por arbitragem de acordo com as Regras de LCIA, a referência às regras na cláusula às incorporá ao procedimento.

O idioma a ser utilizado na mediação e na arbitragem será [.....].

A lei regente do contrato será a lei substantiva do [.....].

Em qualquer arbitragem iniciada de acordo com esta cláusula,

(i) o número de árbitros deve ser [um/três]; e

(ii) a sede, ou local legal, da arbitragem deverá ser [Cidade e/ou País]" (LCIA, 2012, p. 01, tradução nossa).

¹¹ As partes submeterão os litígios decorrentes desta escritura à tentativa de conciliação prevista pelo Serviço de Conciliação da Câmara de Arbitragem de Milão. Caso a tentativa falhe, os litígios, inclusive os de natureza extracontratual, decorrentes, relacionados ou relacionados com a presente escritura, serão resolvidos por arbitragem de acordo com o Regulamento da Câmara de Arbitragem de Milão, por um único árbitro/três árbitros***, nomeados de acordo com o referido Regulamento.

¹² Após o início de qualquer arbitragem, as partes se irão se esforçar para resolver a disputa por mediação confidencial através do Procedimento de Mediação CPR que entrar em vigor na data deste Acordo (o "Procedimento de Mediação CPR"). A menos que concordem de outra forma, as partes deverão selecionar um mediador dentre os apresentados nos Painéis Neutros Distintos da CPR. Se a mediação já tiver sido iniciada antes do início da arbitragem de acordo com a Cláusula Modelo de Mediação de CPR, e se todas as partes consentirem, o mediador previamente nomeado poderá servir como mediador de acordo com a Cláusula Concorrente de Mediação-Árbitro. A mediação iniciada sob esta Cláusula continuará até que um acordo por

Outro exemplo de recomendação de modelo de cláusula escalonada med-arb é a da World Intellectual Property Organization (WIPO):

Any dispute, controversy or claim arising under, out of or relating to this contract and any subsequent amendments of this contract, including, without limitation, its formation, validity, binding effect, interpretation, performance, breach or termination, as well as non-contractual claims, shall be submitted to mediation in accordance with the WIPO Mediation Rules. The place of mediation shall be [specify place]. The language to be used in the mediation shall be [specify language].

If, and to the extent that, any such dispute, controversy or claim has not been settled pursuant to the mediation within [60][90] days of the commencement of the mediation, it shall, upon the filing of a Request for Arbitration by either party, be referred to and finally determined by arbitration in accordance with the WIPO [Expedited] Arbitration Rules. Alternatively, if, before the expiration of the said period of [60][90] days, either party fails to participate or to continue to participate in the mediation, the dispute, controversy or claim shall, upon the filing of a Request for Arbitration by the other party, be referred to and finally determined by arbitration in accordance with the WIPO [Expedited] Arbitration Rules. [The arbitral tribunal shall consist of [a sole arbitrator][three arbitrators].]* The place of arbitration shall be [specify place]. The language to be used in the arbitral proceedings shall be [specify language]. The dispute, controversy or claim referred to arbitration shall be decided in accordance with the law of [specify jurisdiction]. (* The WIPO Expedited Arbitration Rules provide that the arbitral tribunal shall consist of a sole arbitrator.)¹³

O Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR), também dispõe de uma cláusula escalonada modelo para utilização em contratos comerciais:

If any dispute arises in connection with this agreement, a director [or other senior representatives of the parties with authority to settle the dispute] will, within [14]

escrito seja alcançado, uma sentença seja entregue às partes, ou o procedimento seja encerrado por acordo das partes. Não obstante o acima exposto, qualquer parte pode retirar-se a qualquer momento após participar da primeira reunião de mediação, como previsto no parágrafo 3(b) do Procedimento de Mediação da CPR. A mediação será conduzida de acordo com o Protocolo CPR para Mediação Concorrente (CMA) [atualmente em vigor ou que entrará em vigor na data deste Contrato] (o "Protocolo CMA") e o Procedimento de Mediação CPR, até o ponto em que o procedimento não seja inconsistente com esta Cláusula ou com o Protocolo CMA. Qualquer acordo alcançado durante a mediação e antes que uma sentença seja proferida, deverá ser encaminhado ao Tribunal Arbitral e, se as partes assim concordarem, poderá ser refletido em uma sentença de consentimento sob a Regra 21.5 das Regras de CPR para Arbitragem Administrada (2020, p. 02, tradução nossa).

¹³ Qualquer litígio, controvérsia ou reclamação relacionada, decorrente ou não do presente contrato e quaisquer alterações subsequentes do mesmo, incluindo, mas não se limitando, a sua formação, validade, efeito vinculativo, interpretação, execução, violação ou rescisão, bem como reclamações extracontratuais, devem ser submetidos a mediação em conformidade com as Regras de Mediação da WIPO. O local da mediação será [especificar o local]. O idioma a ser utilizado na mediação será [especificar língua].

Se, e na medida em que, tal disputa, controvérsia ou reclamação não tiver sido resolvida nos termos da mediação dentro de [60][90] dias após o início do procedimento, este será submetido a arbitragem, mediante a apresentação de um Pedido de Arbitragem por qualquer das partes, e decidido de acordo com o Regulamento de Arbitragem [expedita] da WIPO. Alternativamente, se, antes de expirar o referido período de [60][90] dias, qualquer das partes não participar ou continuar a participar na mediação, a disputa, controvérsia ou reclamação será, mediante a apresentação de um Pedido de Arbitragem pela outra parte, submetida e decidida em caráter final por arbitragem de acordo com o Regulamento de Arbitragem [expedita] da WIPO. [O tribunal arbitral será composto por [um único árbitro] [três árbitros].]* O local da arbitragem será [especificar o local]. O idioma utilizado no procedimento arbitral será [especificar idioma]. A disputa, controvérsia ou reclamação submetida à arbitragem será decidida de acordo com a lei de [especificar jurisdição]. (*O Regulamento de Arbitragem Expedita da WIPO prevê que o tribunal arbitral será composto por um árbitro único) (s.d., n.p., tradução nossa).

[working] days of a written request from one party to the other, meet in a good faith effort to resolve the dispute.

If the dispute is not wholly resolved at that meeting, the parties agree to enter into mediation in good faith to settle such a dispute and will do so in accordance with the CEDR Model Mediation Procedure. Unless otherwise agreed between the parties within 14 [working] days of notice of the dispute, the mediator will be nominated by CEDR. To initiate the mediation a party must give notice in writing ('ADR Notice') to the other party[ies] to the dispute, referring the dispute to mediation. A copy of the referral should be sent to CEDR.

[If there is any point on the logistical arrangements of the mediation, other than the nomination of the mediator, upon which the parties cannot agree within 14 [working] days from the date of the ADR Notice, where appropriate, in conjunction with the mediator, CEDR will be requested to decide that point for the parties having consulted with them.]

Unless otherwise agreed, the mediation will start not later than [28] [working] days after the date of the ADR Notice.¹⁴

No âmbito nacional, a Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras (CAE) redigiu a seguinte cláusula modelo:

Toda e qualquer controvérsia ou desacordo decorrente ou em relação com o presente contrato será solucionado amigavelmente por Mediação a ser administrado pela Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras – CAE – em São Paulo, em conformidade com seu Regulamento de Mediação (1).

Não chegando os interessados a um acordo após cinco (5) rodadas de negociação, ou no prazo máximo de 3 (três) meses, o que advier primeiro, será o litígio definitivamente solucionado por arbitragem, a ser administrada pela Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras – CAE – em conformidade com seu Regulamento de Arbitragem (2) (s.d., p. 01).

A Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, propõe a seguinte redação:

Em caso de existência de qualquer conflito decorrente da interpretação ou execução deste Contrato, as Partes envidarão seus melhores esforços para solucionar o referido conflito amigavelmente. Não sendo resolvida a controvérsia, as Partes convencionam em solucioná-la por mediação, de acordo com as disposições do Regulamento de Mediação da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP. A Câmara apresentará às Partes a lista de seus mediadores para que estas indiquem o mediador que as auxiliará. O procedimento de mediação não poderá ultrapassar 30 (trinta) dias, a contar da assinatura do Termo de Mediação, sendo que a qualquer das partes é permitido interrompê-lo a qualquer momento. No caso de as Partes não chegarem a um acordo, no prazo supracitado, o conflito será solucionado por arbitragem, a ser administrada pela Câmara de Conciliação,

¹⁴ Se surgir qualquer disputa em conexão com este acordo, um diretor [ou outros representantes seniores das partes com autoridade para resolver a disputa] reunir-se-á de boa fé para resolver a disputa, dentro de [14] dias [úteis] de um pedido por escrito de uma parte à outra.

Se a disputa não for totalmente resolvida naquela reunião, as partes concordam em entrar em mediação de boa fé para resolver tal disputa e o farão de acordo com o Modelo de Procedimento de Mediação do CEDR. Salvo acordo em contrário entre as partes dentro de 14 dias [úteis] após a notificação da disputa, o mediador será nomeado pelo CEDR. Para iniciar a mediação, uma parte deve notificar por escrito ("Aviso ADR") a outra parte, encaminhando a disputa à mediação. Uma cópia do encaminhamento deve ser enviada ao CEDR.

[Se houver algum ponto sobre os arranjos logísticos da mediação, que não seja a nomeação do mediador, sobre o qual as partes não possam concordar dentro de 14 dias [úteis] a partir da data do Aviso ADR, o CEDR será solicitado a decidir esse ponto para as partes que tenham consultado com elas, em conjunto com o mediador, quando apropriado].

Salvo acordo em contrário, a mediação começará o mais tardar [28] dias [úteis] após a data do Aviso ADR (s.d., n.p., tradução nossa).

Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, na forma de seu Regulamento e sob as regras da Lei nº 9.307/96.

Nessa esteira, a CAMARB apresenta o seguinte modelo:

MEDIATION – The parties agree to submit the disputes related to this agreement to mediation, previously and mandatorily, under the administration of CAMARB – Business Mediation and Arbitration Chamber – Brazil, in compliance with the provisions of its Mediation Rules. The parties declare to be aware that they shall attend the first mediation session, as provided for in Article 2, first paragraph, of Law No. 13,140/15. Only the attendance of the parties to the first mediation session shall be considered mandatory. After the first session, mediation will only proceed if the parties express their agreement.

The first session shall be held within a minimum time limit of _____ days, not exceeding a maximum time limit of _____ months, counting from receipt of the Request for Mediation by the counter-party, unless otherwise expressly agreed to by the parties.

Mediation sessions will be held on the CAMARB's facilities.

The parties declare that the proceeding shall be conducted by _____ (1 or 2) mediator(s), chosen by mutual agreement between the parties. If the parties do not achieve an agreement, the procedure established in the Mediation Rules of CAMARB shall be adopted.

In case of failure to attend the first mediation session and having been filed a lawsuit or an arbitration proceeding to settle the same dispute that is the subject of the proposed mediation, the invited party shall be liable for pay _____ percent of the costs and attorney fees of suit, regardless of the outcome of the proceeding.

ARBITRATION – After having attended the first mediation session and the dispute has not been settled, all and any dispute arising from or related to this agreement shall be settled by Arbitration, to be administered by CAMARB – Business Mediation and Arbitration Chamber – Brazil, in compliance with the provisions of its Arbitration Rules in force on the date of commencement of the respective proceeding. The commencement of the arbitration shall not prevent the parties from commencing, continuing, or resuming a mediation proceeding.

The arbitration will be held in _____ (city, state, country).

The language will be _____ .

The parties provide that the proceeding shall be conducted by _____ (one or three) arbitrator(s), appointed in compliance with the provisions of the mentioned Rules.¹⁵

¹⁵ MEDIAÇÃO - As partes concordam em submeter as disputas relacionadas a este acordo à mediação, prévia e obrigatoriamente, sob a administração da CAMARB - Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial - Brasil, em conformidade com as disposições de suas Regras de Mediação. As partes declaram estar cientes de que participarão da primeira sessão de mediação, conforme previsto no artigo 2, §1º, da Lei nº 13.140/15. Somente a presença das partes na primeira sessão de mediação será considerada obrigatória. Após a primeira sessão, a mediação somente prosseguirá se as partes expressarem sua concordância.

A primeira sessão será realizada dentro de um prazo mínimo de _____ dias, não excedendo um prazo máximo de _____ meses, contados a partir do recebimento do Pedido de Mediação pela contra-parte, a menos que expressamente acordado de outra forma pelas partes.

As sessões de mediação serão realizadas nas instalações da CAMARB.

As partes declaram que o processo será conduzido pelo(s) mediador(es) _____ (1 ou 2), escolhido(s) de comum acordo entre as partes. Se as partes não chegarem a um acordo, o procedimento estabelecido nas Regras de Mediação da CAMARB será adotado.

No caso de não comparecer à primeira sessão de mediação e de ter sido instaurada uma ação judicial ou um processo de arbitragem para resolver a mesma disputa que é objeto da mediação proposta, a parte convidada será responsável pelo pagamento de _____ por cento dos custos e honorários advocatícios da ação, independentemente do resultado do processo.

Por fim, a Câmara de Comércio Brasil-Canadá também sugere os modelos de cláusula escalonada:

CLÁUSULA PADRÃO ESCALONADA MED-ARB.:

Qualquer controvérsia originária do ou relacionada ao presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será submetida obrigatoriamente à Mediação, administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”), de acordo com o seu Roteiro e Regimento de Mediação, a ser coordenada por Mediador participante da Lista de Mediadores do CAM-CCBC, indicado na forma das citadas normas.

A controvérsia não resolvida pela mediação, conforme a cláusula de mediação acima, será definitivamente resolvida por arbitragem, administrada pelo mesmo CAM-CCBC, de acordo com o seu Regulamento, constituindo-se o tribunal arbitral de três árbitros, indicados na forma do citado Regulamento.

CLÁUSULA DETALHADA ESCALONADA MED-ARB.:

1- Qualquer controvérsia originária do ou relacionada ao presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será submetida obrigatoriamente à Mediação, administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”), de acordo com o seu Roteiro e Regimento de Mediação, a ser coordenada por Mediador participante da Lista de Mediadores do CAM-CCBC, indicado na forma das citadas normas.

1.1- A controvérsia não resolvida pela mediação, conforme a cláusula de mediação acima, será definitivamente resolvida por arbitragem, administrada pelo mesmo CAM-CCBC, de acordo com o seu Regulamento.

2.1- A arbitragem será administrada pelo CAM-CCBC e obedecerá às normas estabelecidas no seu Regulamento, cujas disposições integram o presente contrato.

2.2- O tribunal arbitral será constituído por [um/três] árbitros, indicados na forma prevista no Regulamento do CAM-CCBC.

2.3- A arbitragem terá sede em [Cidade, Estado].

2.4- O procedimento arbitral será conduzido em [idioma].

2.5- [lei aplicável]

As diversas sugestões apresentadas demonstram a preocupação que as câmaras e instituições possuem com esse assunto, a redação da cláusula escalonada é um tema importante para garantir a coercitividade da mesma e sanções caso haja o seu descumprimento.

ARBITRAGEM - Após ter participado da primeira sessão de mediação e a disputa não ter sido resolvida, toda e qualquer disputa decorrente ou relacionada a este contrato será resolvida por Arbitragem, a ser administrada pela CAMARB - Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial - Brasil, em conformidade com as disposições de seu Regulamento de Arbitragem em vigor na data de início do respectivo processo. O início da arbitragem não impedirá que as partes iniciem, continuem ou retomem um processo de mediação.

A arbitragem será realizada em _____ (cidade, estado, país).

O idioma será _____.

As partes estabelecem que o processo será conduzido por _____ (um ou três) árbitro(es), nomeado(s) em conformidade com as disposições do Regulamento mencionado (2018, p. 01, tradução nossa).

4 EFEITO DO DESCUMPRIMENTO DAS CLÁUSULAS ESCALONADAS MED-ARB EM CONTRATOS EMPRESARIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como já visto, as cláusulas escalonadas vem ganhando cada vez mais espaço no cenário internacional e nacional, devido à crescente utilização das mesmas nos contratos de longa duração. No entanto, a despeito disso ainda existe grande debate a respeito da capacidade vinculativa do procedimento pré-arbitral, uma vez que o mesmo é pactuado no fundamento da voluntariedade, e conseqüentemente atrelado a isso, surge o questionamento a respeito dos efeitos do seu descumprimento.

Há de se ressaltar, antes de mais nada, que a cláusula combinada, assim como qualquer outra cláusula contratual é regida pelo princípio da observância dos contratos - *pacta sunt servanda*. Assim, a vontade autônoma é indispensável e se o contrato foi pactuado baseado na vontade, é viável que tenha força obrigatória, impondo-se não somente às partes, mas também ao órgão judicial (REIS, 2019, p. 1916). Apesar dessas duas premissas, ainda existe grande dicotomia e para entender os efeitos do descumprimento, é primeiro importante entender qual a natureza jurídica da cláusula escalonada.

4.1 NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA ESCALONADA

Antes de iniciar a discussão sobre a natureza jurídica dos procedimentos multi-etapas de mediação e arbitragem, será analisando a natureza de cada um desses métodos adequados de solução de conflitos de forma individual.

A arbitragem possui natureza jurídica jurisdicional uma vez que essa característica não é mais um monopólio estatal. Além disso, a arbitragem detém as mesmas características da jurisdição estatal, ou seja, o processo inicia-se mediante a provocação e vontade das partes, o árbitro atua com independência e imparcialidade e em observância ao devido processo legal. Observa-se, ademais, que é garantida a sentença arbitral a qualidade de coisa julgada, produzindo os mesmos efeitos da sentença judicial e independendo de homologação judicial. Por fim, a sentença arbitral não é passível de reexame do Poder Judiciário, possuindo

imutabilidade e definitividade da jurisdição (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 47).

Por sua vez, a mediação é um instituto do direito material e possui natureza jurídica contratual devido a relação direta do procedimento com a manifestação da vontade das partes (BEDÊ; FERENC; RUIZ, 2008, p. 169). Ademais, por ser um procedimento voluntário, garante às partes autoridade sobre o mesmo, podendo decidir e dispor sobre situações jurídicas, assim a mediação pode ser considerada como um negócio jurídico pré-processual e por essa razão, é regido pelas regras de direito material (LIMA; TEIXEIRA, 2021, p. 551).

Uma vez analisadas as naturezas jurídicas de cada um dos processos que vincula o instituto escalonado, cabe analisar que os doutrinadores entendem que existem duas possíveis naturezas a cláusula escalonada med-arb. A primeira vertente afirma que o primeiro procedimento da cláusula escalonada, a mediação, é pautada na expressa vontade das partes, assim sua participação seria voluntária e não vinculante, gerando apenas eficácia contratual, de forma que um eventual inadimplemento acarreta somente o ressarcimento em perdas e danos, ou a aplicação de eventual cláusula penal (NEVES; ZIADE, 2018, p. 676).

A segunda vertente doutrinária analisa que as partes, por livre espontânea vontade, decidam aderir à cláusula escalonada no seu contrato, e portanto, caso haja o surgimento de controvérsia, há expectativa e obrigatoriedade de que a mesma será primeiramente deliberada em mediação e caso a lide não seja finalizada nesse momento, será posteriormente, instaurada a arbitragem (NEVES; ZIADE, 2018, p. 676).

Assim, a resistência de uma das partes em submeter o conflito a fase pré-arbitral estabelecida, geraria ao ente detentor de jurisdição, negar a instauração do procedimento e remeter as partes ao mecanismo inicial (NEVES; ZIADE, 2018, p. 676). Essa vertente doutrinária adere a visão da necessidade da instauração da mediação e portanto, é caracterizado com a natureza de pressuposto processual (REIS, 2019, p. 1915).

4.1.1 Efeito jurídico obrigacional

Selma Ferreira Lemes aduz que a utilização de cláusulas escalonadas são analisadas quanto a sua eficácia contratual e portanto, sua não observância deve ser considerada inadimplemento contratual, gerando a responsabilidade civil (2010, p. 10). Assim, segundo Neves e Ziade, um

eventual inadimplemento acarreta somente o ressarcimento em perdas e danos, ou a aplicação de eventual cláusula penal NEVES; ZIADE, 2018, p. 676). Nesse sentido, o art. 22, inciso IV, da Lei nº 13.140/2015, dispõe que as cláusulas contratuais que versem sobre a mediação devem conter penalidade em caso de não comparecimento de uma das partes à primeira reunião.

Outrossim, as partes podem precisar instaurar a arbitragem com maior antecedência por conta do binômio tempo-urgência, que infringiria a promessa estipulada em contrato de que o litígio seria primeiramente submetido a mediação e posteriormente a arbitragem (CARMONA, 2009, p. 35).

Ademais, devido à natureza consensual da mediação, se uma das partes não tiver a intenção de participar, o mediador não poderá continuar o procedimento e da mesma forma, não serão procedimentos executáveis sob supervisão judicial (KAYALI, 2010, p. 560).

Nesse mesmo diapasão, obrigar as partes a iniciar e se submeterem à mediação fere um dos princípios fundamentais da mediação a voluntariedade das partes que está diretamente vinculado ao princípio de autonomia da vontade prevista no art. 2º, V da Lei nº 13.140/2015. Segundo Yuri Reis, essa voluntariedade está diretamente ligada à dignidade e à liberdade das partes e a imposição atingiria algum desses pilares (2019, p. 1908). Dessa mesma forma, Rodrigo Garcia da Fonseca dispõe que “a obrigação de mediar não comporta execução específica”, assim a obrigação não poderia ter qualquer tipo de efeito (2018, p. 651).

Carmona, de forma similar, crítica a vinculação de qualquer tipo de obrigatoriedade na fase pré-arbitral, pois acredita que sem a devida motivação das partes, seria um processo infrutífero, uma vez que seria uma tentativa mal sucedida sem a cooperação e o consentimento de ambos (2009, p. 35).

Nesse mesmo diapasão, quem de modo geral, uma mediação obrigatória não irá gerar motivação para chegar a uma solução negociada do conflito, a percepção passa a ser a de uma etapa a mais para chegar no verdadeiro procedimento e assim, a capacidade cooperativa da mediação, se perde (LEVY, 2013, p. 262). Assim, Carmona sugere que caso haja a violação da cláusula e o árbitro veja a possibilidade de anuência das partes e necessidade, pode suspender o processo arbitral e iniciar um método autocompositivo, realizando o papel de mediador (2009, p. 35).

Ademais, de acordo com Deborah Aline Antonucci Moretti e Yvete Flavio da Costa, desde que a finalidade do ato seja atendida, mesmo sem completa observância, qual seja a solução

do conflito por vias opostas ao judiciário e desde que não haja qualquer prejuízo para as partes, o que não seria o caso, uma vez que se as partes não possuem vontade de mediar, a mediação não terá qualquer efeito (CARMONA, 2009, p. 35), não há razão para declarar o defeito do ato processual, sua nulidade (2016, p. 418).

Existe uma grande relutância em tratar os mecanismos pré-arbitrais como mandatórios e vinculantes na ausência de linguagem clara (JACOB, 2018, p. 02). Na Itália, a mediação como condição procedimental para apresentação do litígio no Poder Judiciário foi julgada como inconstitucional (LEVY, 2013, p. 267). Novamente deve ser ressaltado a importância da redação das cláusulas escalonadas, uma vez que as mesmas irão definir o nível de obrigatoriedade da arbitragem.

Existem alguns julgados para sustentar essa análise, o primeiro deles, citado por vários doutrinadores quando a respeito do tema é a decisão que foi proferida em 1995, entre Elizabeth Bay Developments Pty Ltd. v. Boral Building Services Pty Ltd., em que as partes celebraram um contrato de construção contendo cláusulas de resolução de disputas em dois níveis, prevendo inicialmente a mediação administrada pelo Centro Australiano de Litígios Comerciais (ACDC), e posteriormente a arbitragem administrada por ACDC e de acordo com as suas regras (KAYALI, 2010, p. 564).

Após a rescisão do contrato unilateralmente, Elizabeth iniciou um processo na Suprema Corte de New South Wales reclamando indenização por violação, Boral então solicitou o início da mediação como acordado em contrato, o que foi negado por Elizabeth sob a ótica de que a cláusula não tinha eficácia. O juiz, Giles J entendeu que a obrigação de iniciar uma mediação que fosse basicamente coerente com as diretrizes de mediação era muito ampla e ambígua para poder ser executada, assim, sustentou que o acordo de mediação neste caso não era executável (KAYALI, 2010, p. 565).

Outro caso acerca do tema é o Aiton Australia Pty Ltd. v. Transfield Pty Ltd. que foi julgado pela Suprema Corte de New South Wales em que o contrato continha uma cláusula escalonada de 3 etapas: negociação, seguida de mediação e finalizando com determinação ou litígio entre especialistas. Aiton iniciou ação contra Transfield e a mesma requisitou a suspensão com base na cláusula de resolução de disputas dos contratos. O juiz decretou que a cláusula contratual era incerta e por conta disso a mediação era inexecutável (KAYALI, 2010, p. 565).

Outro caso que determinou que a cláusula escalonada não era vinculante foi o caso ICC nº 4230, em que a cláusula escalonada não foi respeitada e após objeção de uma das partes o tribunal entendeu que tinha jurisdição devido à redação da cláusula ("todas as disputas relacionadas ao presente contrato podem ser resolvidas amigavelmente"), o que não era expressamente obrigatório (KAYALI, 2010, p. 567).

Apesar disso, o magistrado apontou dois requisitos para que o acordo fosse vinculativo: deveria ser expresso como uma condição prévia ao litígio ou à arbitragem e deveria ser suficientemente certo (KAYALI, 2010, p. 565).

Em suma, essa posição doutrinária acaba por lidar com a mediação como um obstáculo a ser superado e não um momento importante do procedimento de resolução do conflito, portanto, a visão termina por prejudicar e desestimular a utilização da cláusula escalonada med-arb ao invés do oposto (REIS, 2019, p. 1914).

Indubitável fica a importância da redação na coercitividade da cláusula escalonada, uma cláusula bem escrita pode ser vinculativa ou pode gerar às partes a possibilidade de boicotar o procedimento.

4.1.2 Efeito jurídico processual

Em contraponto à tese apresentada anteriormente, existe a perspectiva de que a cláusula escalonada teria natureza jurídica processual, de forma que o procedimento pré-arbitral seria mandatório, vinculativo e obrigatório. A mediação, então, seria um pressuposto para a instauração do procedimento arbitral e a classificação de eficácia processual determina o envio do conflito e das partes pelo juiz ou árbitro à prévia mediação, mesmo que os resultados não sejam frutíferos e as partes não alcancem um consenso (REIS, 2019, p. 1915).

Por sua vez, Flavia Bittar Neves e Danielle Farah Ziade afirmam que o caráter contratual não seria suficiente para essas cláusulas, pois não teriam eficácia para sua atuação. Assim o juiz ou árbitro ficaria impedido de tomar qualquer decisão referente a controvérsia sem antes submeter o litígio ao procedimento de mediação definido em contrato (2016, p. 677). No entanto, isso não deve ser caracterizado como renúncia abstrata da à apreciação jurisdicional e sim a expressão livre e informada da vontade das partes em compor suas controvérsias a partir de mecanismo autocompositivo prévio (LEVY, 2013, p. 296).

Levy dispõe que as perdas e danos em caso de inadimplemento não seriam suficientes pois os custos seriam incorporados ao valor da causa e não servem como incentivo à prática da mediação, não facilitando para que a parte se permita superar a controvérsia da forma que melhor atenda às suas necessidades e interesses e para que reste claro qual o papel da mediação enquanto fase preliminar à arbitragem (2013, p. 294).

Vale ratificar, que grande parte da vinculatividade e obrigatoriedade ligada a cláusula escalonada está conectado a redação da mesma, portanto, a vontade de submeter o conflito a mediação prévia requer precisão jurídica - vinculação posta de forma impositiva - e apenas as cláusulas que estabelecem um procedimento específico e determinem regras básicas que o regulam, serão consideradas como convenção de mediação ou cláusulas escalonadas (LEVY, 2013, p. 1921).

Por conseguinte, Silvia Rodrigues Pachikoski dispõe que a obrigatoriedade da mediação como pré-requisito para instauração do procedimento arbitral está restrita à participação obrigatória na primeira reunião de mediação. Dessa forma, realizada a primeira reunião de mediação e não obtida uma resolução consensual do conflito, as partes não estão mais obrigadas a comparecer nas reuniões, de modo que o procedimento arbitral poderia ser instaurado (2017, p. 284).

Nessa mesma linha de raciocínio, se uma das partes descumprir aquilo que definiu em sede contratual, será obrigada a arcar com as consequências jurídicas na esfera processual e obrigacional, devendo responder por perdas e danos e o afastamento da apreciação do litígio pelo Tribunal Arbitral enquanto durar o procedimento. Alguns casos ingleses previam sanções pecuniárias, tal qual, a parte que inadimpliu com a cláusula escalonada deverá arcar com os custos da arbitragem, mesmo que vitoriosa. Levy aponta ainda, que a depender da análise do caso concreto, a sentença arbitral pode vir a ser anulada (LEVY, 2013, pp. 290-29).

Na Suprema Corte Federal Alemã, ficou decidido que a cláusula que define que qualquer disputa advinda de contrato por medida autocompositiva, previamente a medida heterocompositiva, seria válida sob a legislação Alemã e que qualquer demanda apresentada aos tribunais por uma das partes a respeito da outra seria inadmissível se o procedimento pré-arbitral ou jurisdicional não tivesse sido devidamente iniciado e completado (JOLLES, 2006, p. 332).

De forma similar, as Cortes Federais dos Estados Unidos da América estão dispostas a reconhecer e favorecer os meios adequados de solução do conflito. Algumas das ações

realizadas pelos tribunais foram a concessão de moções para obrigar a suspensão de processos judiciais que possuíam cláusulas de resolução de disputas em diversos níveis. Ademais, um tribunal invalidou uma sentença arbitral devido a insatisfação da participação no processo obrigatório de resolução de disputas conforme previsto no contrato antes do início da arbitragem (JOLLES, 2006, pp. 332-333).

Na Argentina, desde 1996, a mediação pré-judicial passou a ser obrigatória em âmbito da capital federal e Buenos Aires para matérias específicas, com a entrada em vigor da Lei 24.573/96. Levy afirma que, segundo a perspectiva argentina, o caráter obrigatório desse procedimento não viola o direito constitucional de acesso à justiça já que as partes podem reiniciar o processo na via heterocompositiva. Atualmente o entendimento argentino é de que a mediação obrigatória mudou a perspectiva dos advogados, da cultura contenciosa e dos conflitos (2013, pp.259 *et seq.*).

Por oportuno vale ressaltar alguns dos julgados que validam essa vertente teórica. O primeiro deles foi a decisão proferida em 2002 do caso *Cable & Wireless v. United Kingdom Ltd.*, os dois mantinham um contrato de fornecimento de serviços mundiais de tecnologia, onde era necessário relatórios regulares. Durante a vigência do contrato, o primeiro relatório foi negado e a parte que recebeu a recusa negou o início da mediação apesar da cláusula contratual escalonada prever o procedimento (LEVY, 2013, p. 265).

If the matter is not resolved through negotiation, the Parties shall attempt in good faith to resolve the dispute or claim through an Alternative Dispute Resolution (ADR) procedure as recommended to the Parties by the Centre for Dispute Resolution. However, an ADR procedure which is being followed shall not prevent any Party or Local Party from issuing proceedings.¹⁶

O juiz entendeu que havia obrigatoriedade de mediar através da cláusula disposta uma vez que através da cláusula tornava-se claro que havia anuência das partes para resolver o conflito com a mediação. Dessa forma, determinou a execução da cláusula e a suspensão temporária do processo, ele também reforçou a responsabilidade de encorajar as partes a utilizarem ADR (LEVY, 2013, p. 266).

Outro caso a respeito do tema é a decisão do caso *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Construction Ltd.* O contrato entre as partes gozava de cláusula escalonada de duas etapas: a primeira etapa compunha na decisão de 3 peritos no assunto dentro de 90 dias, a segunda

¹⁶ Se o assunto não for resolvido através de negociação, as Partes tentarão de boa fé resolver a disputa ou reclamação através de um procedimento alternativo de resolução de disputas (ADR), conforme recomendado às Partes pelo Centro de Resolução de Disputas. Entretanto, um procedimento ADR que esteja sendo seguido não impedirá nenhuma Parte ou Parte local de emitir procedimentos (LEVY, 2013, p. 266, tradução nossa).

etapa previa a instauração da arbitragem caso uma das partes estivesse em desacordo com a decisão anônima (KAYALI, 2010, p. 563).

Quando um conflito surgiu devido ao preço a ser pago em relação ao trabalho efetuado para o sistema de resfriamento do túnel Channel, o apelante solicitou uma liminar nos tribunais ingleses para coibir o acionado de suspender a realização do trabalho. No mesmo dia, Balfour solicitou a suspensão de todos os demais procedimentos da ação. O juiz decidiu pela suspensão do processo alegando que a cláusula era vinculativa e que aqueles que fazem acordos para a resolução de disputas devem demonstrar bons motivos para se afastarem deles (KAYALI, 2010, p. 563).

No processo ICC nº. 6276, havia uma cláusula de resolução de disputas em três níveis que previa a resolução amigável, decisão de engenharia e arbitragem. Após uma primeira etapa fracassada, uma das partes submeteu o litígio diretamente à arbitragem, ou seja, pulou a segunda etapa definida em cláusula. Assim, primeiramente, o tribunal Arbitral verificou que a etapa de resolução amigável teve esforços válidos advindos das partes para que o primeiro rito fosse ultrapassado (KAYALI, 2010, p. 567).

Em um segundo momento, o tribunal declarou que as partes tinham concordado voluntariamente com o procedimento perante o engenheiro e determinaram mutuamente e com grande detalhe as modalidades de resolução e forma que tomariam. Portanto, o processo pré-arbitral era estritamente vinculativo para as partes. Após esta determinação, o tribunal considerou que o reclamante não havia cumprido a fase pré-arbitral estabelecida na cláusula de resolução de disputas e que o pedido de arbitragem era prematuro (KAYALI, 2010, p. 567).

Por fim, deve ser citada a decisão proferida em 2009 pelo Court Appeal de New South of Wales no processo entre United Group Rail Services Ltda v. Rail Corp. New South Wales, em que o tribunal decidiu que um acordo que vinculasse as partes a negociarem de boa-fé era executável e obrigava as partes a negociarem de boa-fé em caso de conflito (LEVY, 2013, p. 267).

Os tribunais e árbitros no âmbito internacional tiveram diferentes percepções e enfoques sobre a temática. Em muitos dos casos apresentados pode-se ver que o foco da questão era na busca por soluções pragmáticas para cada caso, do que a doutrina e conceitos estritamente legais (JOLLES, 2006, p.334). Assim, a resolução para o problema da obrigatoriedade segundo os casos apresentados, depende basicamente da elaboração das cláusulas dos mecanismos de mediação e da interpretação dessa técnica. O argumento daqueles que entendem que a

cláusula não é exequível é fundado na autonomia das partes, portanto, se a cláusula escalonada conseguir demonstrar essa autonomia, os procedimentos se tornam pré-requisitos (KAYALI, 2010, pp. 568-569).

Apesar disso, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), recomendada pela Assembleia Geral da ONU, adotou a Lei Modelo em International Commercial Conciliation que estabelece no seu art. 13º:

Article 13. Resort to arbitral or judicial proceedings: Where the parties have agreed to conciliate and have expressly undertaken not to initiate during a specified period of time or until a specified event has occurred arbitral or judicial proceedings with respect to an existing or future dispute, such an undertaking shall be given effect by the arbitral tribunal or the court until the terms of the undertaking have been complied with, except to the extent necessary for a party, in its opinion, to preserve its rights. Initiation of such proceedings is not of itself to be regarded as a waiver of the agreement to conciliate or as a termination of the conciliation proceedings.¹⁷

Em contraponto, no cenário brasileiro a situação não é a mesma, com a entrada em vigor da Lei de Mediação em 2015, a legislação brasileira deu um salto quando em relação à coercitividade da cláusula escalonada. O artigo 23, gera obrigatoriedade de suspensão do processo arbitral ou judicial pelo próprio árbitro ou juiz que esteja conduzindo o processo, para o implemento de determinada condição, se assim as partes convencionarem. Dessa forma, caso haja a previsão da cláusula escalonada med-arb, restaria a realização obrigatória da mediação antes da instauração do procedimento arbitral (REIS, 2019, p. 1914).

Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição (BRASIL, 2015, p. 03).

Apesar do dispositivo trazer um norte para os juristas brasileiros, ainda há grande controvérsia em relação ao procedimento escalonado uma vez que a legislação dispõe apenas de um dispositivo simples sobre o tema, que não determina a natureza jurídica da condição a que ela se refere. No entanto, essa incerteza pode vir a ser suprimida com uma boa interpretação sistemática, já que existem diversos argumentos para reduzir a sua aplicabilidade (REIS, 2019, p. 1914). Levy entende que a mediação pré arbitral possui efeitos processuais vinculantes, porém, persiste a dúvida dos efeitos que isso poderia gerar ao processo arbitral,

¹⁷Artigo 13. Recurso a procedimentos arbitrais ou judiciais: Quando as partes tiverem acordado em conciliar-se e se comprometeram expressamente a não iniciar, durante um período de tempo especificado ou até que a ocorrência de determinado evento a respeito da disputa existente ou futura, tal compromisso deverá ter seus efeitos reconhecidos pelo tribunal arbitral ou pelo tribunal até que os termos da avença tenham sido cumpridos, exceto quando, no entendimento de uma das partes, sejam necessárias a tomada de medidas para preservar seus direitos. O início de tais procedimentos não deve ser considerado, por si só, como uma renúncia ao acordo de efetuar a conciliação ou encerrá-la (UNCITRAL, 2002, p. 13, tradução nossa).

Levy avalia que dependendo da análise do caso concreto, poderia levar a alegação da invalidade da sentença e sua anulação (2013, p. 292 *et seq.*)

4.2 INCONSISTÊNCIAS DAS CLÁUSULAS ESCALONADAS MED-ARB

A incidência das cláusulas escalonadas em contratos empresariais cresceu muito nas últimas décadas, isso ocorre devido a legislação e doutrina que vem ampliando e criando valor a esses procedimentos perante a Sociedade. No entanto, ainda há muitas dúvidas quanto às cláusulas escalonadas, isso porque um dos benefícios da mediação é a ideia de que esse instituto não possui processos fixos e enquanto isso beneficia as partes por um lado, por outro, cria certas incertezas já que a legislação é mais simples e direta.

4.2.1 Princípio fundamental da voluntariedade da mediação

Uma das primeiras questões que deve-se tratar quando discutida a cláusula escalonada é entender se o procedimento poderia vir a violar um dos princípios fundamentais da mediação e da arbitragem, a autonomia da vontade das partes. Esse princípio, também conhecido como autodeterminação, é um valor essencial destacado como princípio tanto na Lei de Mediação (art. 2.º, V), quanto no CPC (art. 166) e na Resolução 125/2010 do CNJ (Anexo III, art. 2.º, II (TARTUCE, 2019, p. 53).

Dessa forma, esse princípio guia a mediação pois a mesma permite que os participantes do procedimento decidam o rumo que a controvérsia irá levar, a autonomia está diretamente ligada a dignidade e liberdade pois garante uma participação mais protagonizada as partes, o que valoriza sua percepção e seu senso de justiça (TARTUCE, 2019, p. 53).

Para além disso, a autonomia da vontade das partes está vinculada à voluntariedade de participar ativamente no procedimento. Assim, a mediação só pode ser realizada se houver aceitação expressa dos participantes, especialmente porque, sem isso, as partes se sentem menos encorajadas a engajar no diálogo (TARTUCE, 2019, p. 53).

De forma paralela, a autonomia das partes é também um dos princípios norteadores da arbitragem. Segundo Luiz Scavone Junior, a arbitragem não é obrigatória, vez que ninguém

pode ser compelido a participar de arbitragem. No entanto, torna-se obrigatório caso as partes convençionem a arbitragem por meio de cláusula compromissória, em razão da manifestação "volitiva livre e consciente", devido ao princípio do pacta sunt servanda, configurando-se título executivo (2018, pp. 102-103).

A controvérsia vinculada às cláusulas escalonadas med-arb é se o procedimento prévio a arbitragem passaria a ser tratado da mesma forma que a cláusula compromissória e se isso feriria o princípio de mediação de autonomia da vontade das partes.

O primeiro ponto já foi tratado anteriormente neste trabalho e a percepção atual é de que a mediação prévia atingiria a mesma vinculação da cláusula compromissória, a mediadora Fernanda Levy segue essa linha e entende que a mediação pré arbitral possui efeitos processuais vinculantes (2013, p. 292). Ademais, entende-se que as partes decidiram de livre espontânea vontade inserir a cláusula escalonada no contrato e portanto, a cláusula estaria respeitando o princípio da voluntariedade (NEVES; ZIADE, 2018, p. 676).

Outra ambiguidade é referente ao tempo da mediação e através de teses e julgados, é possível analisar que para o melhor aproveitamento dos procedimentos dispostos na cláusula escalonada med-arb, deve-se definir um período específico para o início e término da mediação para que a mesma possua efetividade (PACHIKOSKI, 2017, p. 279).

Convém notar, ao reverso, que a obrigatoriedade das partes para com a mediação se resume à reunião inaugural, para então decidir entre renovar ou não a mediação, já que de acordo com a voluntariedade, as partes não serão obrigadas a composição (PACHIKOSKI, 2017, p. 281). Como condição essencial a mediação, a qual sem ela, o procedimento torna-se comprometido, questionando-se ainda a possibilidade que as partes teriam de alcançar um consenso em relação ao objeto do litígio quando não há participação espontânea delas (REIS, 2019, p. 1908).

A respeito disso entende-se que, da mesma forma que as partes decidiram espontaneamente se vincular a um procedimento pré-arbitral, esse procedimento deve ter um prazo fixo. Caso isso não ocorra e uma das partes se encontrar receosa a respeito da mediação, solicitando pela não renovação sem antes ter pelo menos permitir a possibilidade de tentar a "superação da controvérsia da forma que melhor atenda às suas necessidades, para que reste claro qual o papel da mediação como fase preliminar da arbitragem" (LEVY, 2013, p. 294).

Injusto é o entendimento de algumas linhas doutrinárias, de que a mediação seria apenas um obstáculo a ser vencido. Caso essa seja a percepção, será uma mediação fadada ao insucesso

que terminaria sendo um gasto adicional às partes devido às custas referentes à instauração do método autocompositivo e que teria a serventia apenas de pressuposto para instauração da arbitragem (REIS, 2019, p. 1910).

4.2.2 Confidencialidade frente a dois métodos de solução de conflitos a serem exercidos de forma convencional

Esse trabalho já tratou do tema de confidencialidade em relação ao acúmulo de funções do mediador e árbitro. Existem prós e contras para ambos entendimentos, porém a conclusão final apresentada foi de que para as partes, seria mais proveitoso ter dois terceiros neutros diferentes, uma vez que ambos teriam atribuições divergentes nos procedimentos e essas poderiam se chocar no caso de acúmulo de funções.

No entanto, outra questão ainda deve ser tratada e ponderada em relação à confidencialidade nas cláusulas escalonadas. Para que a mediação tenha o sucesso desejado, é imprescindível que as partes tenham abertura para que possam se expressar com transparência e que sintam-se protegidos para se manifestarem. Da mesma forma, é imprescindível a garantia formal de que sua fala não será de forma alguma usada contra a parte em outra ocasião. Alcançado esse espaço de conforto nas partes, pautado na confidencialidade, será garantido um elevado grau de compartilhamento, uma vez que as partes se sentiram à vontade para revelar informações íntimas, sensíveis e estratégicas (TARTUCE, 2018, p. 56).

Na teoria, não haveria qualquer problema em relação a seguridade dessa princípio e o instituto da cláusula escalonada, uma vez que tanto o código civil brasileiro quanto a lei de mediação asseguram sua validade e aplicabilidade. A Lei de Mediação, trata sobre a confidencialidade de forma mais extensa na Seção IV, em seu artigo 30, que dispõe:

Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;

II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;

III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;

IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial (BRASIL, 2015, p. 04).

No entanto, na prática, ainda existem alguns questionamentos que devem ser ponderados. Até que ponto as partes podem se utilizar da mediação para obter informações? As partes se sentiram confortáveis em compartilhar informações importantes sabendo que logo depois iriam instaurar um procedimento arbitral? A cláusula escalonada estaria, então, afetando o desempenho da mediação?

Um dos riscos da mediação prévia à arbitragem, se encontra na má-utilização do procedimento por aqueles que não possuem boa-fé. Os mediandos podem querer utilizar o procedimento para atrasar a instauração da arbitragem ou ainda, para obter informações do outro lado (LEVY, 2013, p. 101). De modo distinto, pode-se entender que a mediação, caso falhe, pode servir como uma oportunidade para as partes prepararem uma defesa mais bem pensada. Servindo então, como um filtro, para os processos que terão que ser resolvidos em arbitragem (PIÑEIRO, 2010, p. 733).

Para evitar o uso incorreto do procedimento, cabe uma mudança cultural para evitar atos de desonestidade nos dois procedimentos da cláusula escalonada, essa mudança tem acontecido de forma morosa, porém essas práticas devem ser coibidas por excessivas divulgações das boas práticas que devem ser aplicadas, além do ativo papel do Tribunal Arbitral para inibir e punir tais práticas (LEVY, 2013, pp. 102-103).

Em remate, cabe a um bom mediador lidar com essas questões, assegurar às partes que elas se encontram em um ambiente seguro e que podem compartilhar informações confidenciais, ademais, também é papel do mediador criar um ambiente confortável para que as partes queiram assim fazê-lo.

Para isso, é importante que os mediandos persistam por mais de uma reunião, para realmente dar uma chance ao procedimento, de forma que se torna imprescindível a continuação da disseminação da mediação no cenário jurídico brasileiro, para que as partes adentrem o método de solução de conflitos de “braços abertos”.

4.2.3 Efeitos da mediação sobre eventual tutela de urgência requerida em caráter antecedente e suas implicações

As tutelas de urgência, no Código Civil brasileiro, são subdivididas em tutelas cautelares e tutelas antecipadas, ambas possuem caráter temporário e são analisadas de forma superficial e não exauriente, de forma que buscam garantir a prestação jurisdicional e zelar pela celeridade de garantia de um direito. A tutela cautelar tem o intuito de assegurar uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória, como no nome, realiza a pretensão de forma imediata (PERIN, 2013, p. 333).

Antes da alteração de 2015, a Lei de Arbitragem, em seu art. 22 tratava sobre os poderes que são dotados ao tribunal ou juiz arbitral. Nesse mesmo dispositivo, em seu §4º garantia apenas ao Poder Judiciário a possibilidade de requerimento de medidas coercitivas ou cautelares (CARRETEIRO, 2013, p. 153).

Após a alteração, essa situação foi retificada. O §4º foi revogado e houve a introdução de novo dispositivo que trata especificamente a respeito das tutelas de urgência no procedimento arbitral. Assim, caso seja necessário a tutela de urgência pode ser requerida aos árbitros, caso a arbitragem já tenha sido instaurada e ao juiz, caso a arbitragem ainda não tenha sido iniciada (SCAVONE JUNIOR, 2018, pp. 180-181):

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros (BRASIL, 2015, p. 03).

A medida de urgência solicitada após a instauração do procedimento arbitral não é tópico de estudo deste trabalho, uma vez que, assume-se que a mediação, nesse caso, já foi executada e finda.

Entretanto, nos casos em que a mediação ainda não foi instaurada, o parágrafo único do art. 22-A, obriga as partes a iniciar o procedimento arbitral, em até 30 dias após a deferimento da tutela de urgência, sob pena de cessarem os efeitos da medida cautelar ou de urgência concedida em caráter antecedente. Assim, surge a necessidade de entender se à possibilidade da instauração de mediação suprir o requisito previsto na Lei de Arbitragem, questiona-se também se, após a concessão da tutela de urgência, as partes estariam dispensadas da etapa prévia de mediação.

4.2.3.1 Análise da possibilidade do procedimento de mediação assegurar – ou não – os efeitos dessas tutelas requeridas antes do seu início

A primeira questão que deve ser avaliada é como o procedimento de mediação se adequa às tutelas de urgência. Como já visto anteriormente, nas cláusulas escalonadas, a mediação pode ser considerada como um pré-requisito para a instauração da arbitragem, assim, poderia a instauração da mediação servir como marco para a manutenção dos efeitos das tutelas cautelares?

Segundo o parágrafo único do artigo 22-A, as partes possuem até 30 dias para instaurar o procedimento arbitral sob pena de perda da eficácia do direito antecipado. Dessa forma, caberia a iniciação do procedimento de mediação às pressas para satisfazer esse ponto? A Lei de Mediação entende que não, quando legisla:

Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito (BRASIL, 2015, p. 03).

Assim, o entendimento é de que, quando for deferida tutela de urgência arbitral, a instauração do procedimento deve acontecer sem dar início ao procedimento pré arbitral. Uma vez que obrigar as partes a se submeter a mediação e conseqüentemente criar limitações para a busca da resolução arbitral é negar o direito à tutela tempestiva e ao acesso à justiça (FIALHO NETO, 2019, p. 171). A partir disso outro questionamento toma forma, seria essa uma hipótese das partes burlarem o procedimento de mediação no âmbito das cláusulas escalonadas, entende-se que esse seria um meio de iniciar a arbitragem sem esgotar a mediação. Os estudiosos do tema entendem que essa brecha não seria possível.

Segundo Diego Franzoni e Nairo Lima Neto, bastaria que as partes apenas comprovassem que houve o início da instituição de mediação, de modo que a decisão judicial estaria mantida até o encerramento do litígio na mediação ou no procedimento arbitral que vinhesse a ser instaurado em caso de falha da primeira fase (2019, p. 171). Assim, a cláusula escalonada med-arb, aplicada contratualmente de forma análoga à cláusula compromissória, deve ter por eficácia a extensão dos efeitos da tutela de urgência concedida pelo Poder Judiciário, posto

isso a instauração da mediação conservará seus efeitos (FRANZONI; LIMA NETO, 2019, p. 175).

Diante do exposto assim sendo, a 6ª Turma Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal no julgamento do Agravo de Instrumento 0701934-87.2017.8.07.0000 decidiram de forma oposita, relatando que o fato de ambas as partes concordarem com a instauração da mediação seria suficiente para a manutenção dos efeitos da medida, haja vista o dever dos Tribunais de estimular os métodos consensuais de solução de conflitos.

Nas palavras da Excelentíssima Senhora Desembargadora Esdras Neves Almeida:

Compulsando os autos verifico que a agravante não instaurou a arbitragem; apenas deu início ao procedimento de mediação, o que, a princípio, não atenderia ao determinado da decisão liminar que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela recursal. No entanto, intimada a se manifestar acerca da ausência do início do procedimento de arbitragem, a agravante apresentou e-mail encaminhado pela Câmara FGV de Mediação de Arbitragem dando notícia de que a ora agravada, encaminhou documento informando que possui interesse na instauração do procedimento de mediação Ressalte-se que a resolução consensual dos conflitos é uma diretriz erigida pelo ordenamento jurídico pátrio, positivada sobretudo na Lei de Mediação e no Código de Processo Civil, que deve ser oportunizada às partes e estimulada pelos condutores de processo judicial ou arbitragem e outros que atuem no litígio.

Dessa forma, a 6ª Turma Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal determinou que os efeitos da decisão liminar fossem estendidos pelo prazo de três meses ou até a conclusão da mediação. Em caso de a mediação restar infrutífera, abre-se novo prazo de trinta dias para que o agravante requeira a instauração do procedimento arbitral (TJDFT, Agravo de instrumento nº 0701934-87.2017.8.07.0000, Sexta Turma Cível, Relator: Des. Esdras Alves Almeida, Julgamento: 26.04.2017).

Sobremais, ratificando o ponto apresentado, o art. 139, IV, do Código de Processo Civil, elenca a possibilidade de o Juízo dilatar prazos processuais para adequar o procedimento ao conflito concreto. Assim, poderia ser definido um aumento do prazo para realizar a instauração da arbitragem de modo a não perecer o direito, para que as partes possam dar início a mediação.

Dessa forma, no julgado apresentado, estendeu-se os efeitos da medida cautelar pelo prazo de três meses ou até que a mediação tivesse um desfecho. Ademais, caso a mediação fosse infrutífera, a parte que requereu a tutela de urgência deveria instaurar o procedimento arbitral em até 30 dias (FRANZONI; LIMA NETO, 2019, p. 171). De forma concomitante, os doutrinadores Franzoni e Lima Neto expõem que a mediação também poderia ter início de forma paralela à arbitragem. Os dois procedimentos teriam início conjuntamente, mas haveria a suspensão da arbitragem para o seguimento da mediação (2019, p. 172).

Assim, após a concessão do pedido da tutela de urgência, a parte teria 30 dias, após a efetivação da respectiva decisão para instaurar a arbitragem e no pedido de instauração, requerer a suspensão da arbitragem para início da mediação (REIS, 2019, pp. 1915-1916).

4.3 NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL FRENTE A NÃO REALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO PRÉVIA

Este tópico irá tratar sobre a possibilidade da nulidade da sentença arbitral mediante o descumprimento da mediação prévia em conflitos regidos pelas cláusulas escalonadas. Fernanda Levy afirma que caso uma das partes em um procedimento arbitral, venha posteriormente a alegar a invalidade da sentença arbitral, entende-se que a mesma pode vir a ser anulada pelo não cumprimento da fase de mediação.

Para tal análise, primeiro será necessário discorrer a respeito do instituto da sentença arbitral e as possibilidades em que cabe ação anulatória, além de entender o papel da cláusula compromissória e sua relação com o procedimento da mediação. De forma que possa se verificar se a mediação é parte intrínseca da cláusula compromissória.

4.3.1 Sentença arbitral e seu papel de pacificação social

A sentença arbitral é, tal como apontado por Tamaoki Neves e Maioli Isogai, o ato mais importante que o árbitro pode realizar durante todo o processo arbitral. Nesse momento o conflito será finalizado e haverá a concessão da prestação jurisdicional (2019, p. 425).

A sentença arbitral, como já visto anteriormente, possui caráter soberano e efeitos imediatos, não havendo necessidade de homologação pelo Poder Judiciário, conforme disposto no art. 31 da Lei n. 9.307/1996 (NEVES, ISOGAI, 2019, p. 426).

Por sua vez, a sentença arbitral constitui título executivo judicial, pois encontra-se o árbitro como juiz de fato e direito e, por sua vez, seu cumprimento, de praxe, deve ser espontâneo. No entanto, como não possui poderes coercitivos diretos, o cumprimento forçado da sentença deve ser efetivado através do procedimento judicial (SCAVONE JUNIOR, 2018, p. 214 *et seq.*).

Portanto, a sentença arbitral se torna coisa julgada material, assim, não caberá recurso para rever a matéria do litígio, tornando-se indiscutível e imutável, não podendo ser reaberta em novo processo arbitral ou mesmo judicial (NEVES, ISOGAI, 2019, p. 426).

4.3.1.1 Nulidade de sentença arbitral por não cumprimento da Cláusula Compromissória

Apesar da impossibilidade de ser atacada por recurso, as partes podem requerer a invalidação da sentença arbitral perante o Poder Judiciário, nas hipóteses taxativas do art. 32 da Lei de Arbitragem:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nula a convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei. (BRASIL, 2015)

A ação anulatória, por sua vez, só é permitida após sentença arbitral ser proferida e deve ser arguida diretamente pelas partes, não cabendo ao juiz reconhecê-las de ofício. As hipóteses de nulidade devem ser interpretadas de acordo com o estudo dos vícios da sentença arbitral, assim, não há possibilidade de criação de novos meios de alegação de nulidade ou formas de revisão judicial da sentença. A respeito disso, cabe ressaltar que, de praxe, não caberá ao juiz decidir acerca do mérito da causa, somente sobre o vício (NEVES, ISOGAI, 2019, p. 432).

Conforme disposto, existem sete possibilidades de arguição de nulidade da sentença arbitral, a que será abordada neste tópico é a disposta no inciso IV. Conforme já declarado no início deste trabalho, o árbitro está limitado pela convenção de arbitragem (cláusula compromissória). Assim, caso uma sentença ultrapasse a mesma, será considerada nula (NEVES, ISOGAI, 2019, p. 435).

Existem três vertentes que dizem respeito a essa hipótese. A primeira é se a sentença arbitral for *extra petita*, ou seja, acaba por analisar questões diversas daquelas que foram inicialmente pleiteadas, passível de completa ou parcial anulação, para que se decida novamente ou retire da sentença a parte viciada. A segunda possibilidade é a sentença arbitral *ultra petita* que ultrapassa o pedido, cabendo anulação parcial (NEVES, ISOGAI, 2019, p. 435).

Por fim, a sentença arbitral é considerada viciada caso se encontre em desrespeito ao procedimento previsto e acordado pelas partes na convenção de arbitragem (cláusula compromissória), visto que “o juiz privado estaria extrapolando os poderes que lhe foram outorgados (NEVES, ISOGAI, 2019, p. 436). Dessa forma, Diego Franzoni e Nairo Lima Neto questionam, se seria a cláusula escalonada parte da cláusula compromissória e se sim, caso descumprida, poderia gerar nulidade da sentença arbitral? (2019, p. 64).

4.3.1.2 Cláusula Compromissória e sua relação com o procedimento da mediação

A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato qual está inserida. Invalidez do contrato não implica a invalidade da cláusula pactuada pelas partes. Essa regra, conhecida como, *separability* tem o intuito de garantir autonomia ao juízo arbitral para que este possa julgar a respeito da validade do contrato (SALLES., 2020, p. 395).

Ademais, a convenção de arbitragem, no ordenamento brasileiro, possui um duplo caráter. Como acordo de vontades, vincula as partes que irão se submeter ao juízo arbitral por conta de litígios atuais e futuros; já como pacto processual, seus objetivos são de alterar a normatividade de processar perante a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros (CARMONA, 2013, p. 79). Dessa forma, a mediação seria considerada como um pressuposto ao procedimento da arbitragem (LEMES, 2010, p. 173).

A cláusula escalonada, na interpretação de Diego Franzoni e Nairo Lima Neto, consiste em uma cláusula arbitral que prevê primeiramente, a busca em consenso das partes e caso bem sucedida, a solução pode passar a ter força de título judicial por meio de sentença arbitral homologatória. Já em caso de insucesso, prevê a instauração do processo arbitral para que se solucione o conflito (2019, p. 173).

Assim, a cláusula escalonada estaria agindo de forma congênere a cláusula compromissória, possuindo natureza arbitral e efeitos processuais vinculantes, de forma que eventual

descumprimento poderia se encaixar na hipótese de nulidade de sentença arbitral, prevista no art. 32, IV, da Lei de Arbitragem (FRANZONI, NETO, 2019, p. 64).

4.3.2 Nulidade da sentença Arbitral devido a não realização do procedimento pré-arbitral previsto na cláusula escalonada

Sobre o tema, Gary Born afirma que a utilização de outros métodos de ADR na cláusula escalonada não retira seu caráter de cláusula arbitral, de forma que a ausência da realização do procedimento pré-arbitral pode ser entendido como a hipótese de nulidade da sentença arbitral (2009, p. 242).

Nesse mesmo diapasão, Yuri Reis afirma que a cláusula escalonada med-arb deve ser vista como um pressuposto processual de validade do procedimento arbitral e que, caso fosse descumprida, poderia em tese ser anulada pelo Poder Judiciário (REIS, 2019, p. 1938).

Outrossim, Marina Galvão Maia alerta que o tema é controverso, pois existem questionamentos a respeito da aplicabilidade da hipótese de nulidade do art. 32, IV (sobre o descumprimento previsto em cláusulas escalonadas), uma vez que o inciso, de praxe, se refere à arbitrabilidade objetiva do litígio, ou seja, apenas as matérias submetidas à decisão dos árbitros. Apesar disso, entende-se que a hipótese se aplicaria uma vez que as partes decidiram submeter o conflito à arbitragem após o preenchimento de certos requisitos e procedimentos (2021, p. 78). De forma semelhante, Carmona afirma que, caso seja acrescido algum procedimento à convenção de arbitragem, o mesmo deve ser seguido, sob pena dos árbitros excederem os poderes que as partes concedem ao mesmo (2009, p. 406).

Assim, o descumprimento da cláusula escalonada med-arb gera tanto efeito material, descumprimento de uma obrigação contratual, como processual tornando-se também, um elemento prévio indispensável para a instauração da arbitragem, que quando descumprido, poderia gerar a nulidade da sentença arbitral.

4.3.2.1 Julgados importantes na discussão e entendimento do tema da nulidade da sentença arbitral, visto o descumprimento de método de solução de conflito prévio

A respeito desse assunto, alguns julgados devem ser citados. O caso X. Ltd. v. Y., Swiss Federal Court, nº 4A_18/2007, no qual a empresa chinesa ajuizou ação anulatória devido ao descumprimento da conciliação prevista em cláusula escalonada. Contudo, o Tribunal Federal Suíço confirmou a decisão proferida em sede Arbitral sobre o preceito de que a cláusula escalonada, não possuía natureza vinculatória, em virtude da falta de especificação sobre o prazo para abertura de procedimento de conciliação ou mediação (MOSER, 2007, p. 196 *et seq.*).

Ademais, informou que, mesmo havendo essas especificações na redação da cláusula, ainda não poderia ou iria ajuizar nulidade da sentença arbitral. Já que as negociações prévias não haviam logrado êxito, e a requerida (empresa francesa) não apresentava vontade de continuar com os métodos autocompositivos, prévios à instauração da arbitragem. Além disso, alega que a requerente deveria ter iniciado o procedimento de mediação por conta própria, paralelamente à arbitragem, em vez de se limitar a contestar a competência. (MOSER, 2007, p. 198-199). Este julgado, então, trata de algumas questões: a voluntariedade das partes como meio de impedir a realização da mediação, a necessidade de cláusulas escalonadas bem redigidas e a determinação de que deveria ter uma maior autonomia da parte para iniciar o procedimento de mediação por si só.

Por sua vez, o Recurso Especial 1.331.100, decidiu o conflito entre a Graal Participações e Kieppe Participações, o caso bilionário entre a família Gradin e Odebrecht, dando grande prestígio a arbitragem, julgando válida e eficaz da cláusula arbitral, pois segundo o Ministro Luis Felipe Salomão, o que importa é o que foi pactuado pelas partes e como houve o pacto de uma cláusula compromissória, este deve ser mantido. O STJ vem, cada vez mais, evidenciando que cláusula arbitral não é matéria de direito, sendo vedada ao Superior Tribunal de Justiça (TUCCI, 2013, p. 3).

No entanto, este prestígio não se estendeu às cláusulas escalonadas, uma vez que não foi dado o efeito vinculante a mesma, sob premissa de que apesar de em seu acordo de acionistas estar expresso: “11.8 As dúvidas ou divergências surgidas no Acordo de Acionistas deverão ser resolvidas por mediação ou arbitragem”, não pode ser considerada cláusula escalonada devido há alternância de um método para outro (LEMES, 2016, p. 303).

Essas decisões e as visões que elas sustentam acabam por prejudicar o instituto da cláusula escalonada, gerando sua falta de uso, pois a mediação passa a ser vista como um obstáculo para consecução do procedimento arbitral e não um método adequado de solução de conflitos

eficaz (REIS, 2019, p. 1.914). Ademais, fica claro, como é de extrema importância que as cláusulas escalonadas estejam bem redigidas (REIS, 2019, p. 1.921 *et seq*).

Em contrapartida, a decisão do caso *BGH Decision of November, 18, 1998: VIII ZR 344/97* pela Suprema Corte Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof*), foi de que qualquer alegação feita contra uma das partes durante o procedimento arbitral, seria inadmissível perante qualquer corte devido a cláusula escalonada estabelecida pelas partes que concordaram em tentar a resolução de qualquer conflito que viesse a surgir, através de negociações antes de dar início ao procedimento arbitral (JOLLES, 2006, p. 332).

Outros julgamentos que seguem a mesma linha são os da Corte de Cassação Francesa (2ª Câmara Cível) *Société Polyclinique des Fleurs v. Peyrin*, julgamento em 06.07.2000 e *Cable & Wireless Plc v. IBM United Kingdom Ltd.*, julgamento em 11.10.2002, que estabeleceram que a violação de um dever contratual é suscetível de execução, encaminhando, em ambos os casos, as partes para o processo de conciliação ou mediação previamente acordados (REIS, 2019, p. 1.923)

Por fim, o processo julgado recentemente que envolvia disputa contratual de operação portuária entre Interportos Ltda. e Terminais Portuários da Ponta do Félix S.A. perante a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu por anular sentença arbitral com base na inobservância de método autocompositivo prévio à arbitragem, pois as partes haviam concordado em tentar resolver o conflito por outros métodos prévios a arbitragem (KULESKA; PEDROSO; VIEIRA, 2017, p. 2).

O contrato previa que “antes de dar início a procedimentos formais de solução de controvérsias” as partes deveriam procurar resolução amigável através de reuniões durante o prazo de 30 dias. Assim, definiu-se que apenas após a realização de tal etapa e não tendo sido solucionada a controvérsia “por acordo mútuo”, as partes poderiam submeter a disputa à arbitragem (KULESKA; PEDROSO; VIEIRA, 2017, p. 2).

No entanto, foi instaurada a arbitragem e os árbitros entenderam que a primeira etapa havia sido cumprida pelo fato da Interpostos ter notificado a Ponta do Félix solicitando a tentativa de resoluções amigáveis. Apesar da decisão, após ser derrotada na arbitragem, Ponta do Félix requereu que o Judiciário anulasse a sentença arbitral com base no desrespeito à etapa prévia de negociação (KULESKA; PEDROSO; VIEIRA, 2017, pp. 2-3).

A demanda anulatória foi julgada improcedente em primeiro grau, porém em apelação de sentença foi entendido que a fase de solução amigável a controvérsia seria obrigatória e que a

Interpostos, não havia notificado Ponta Félix, para dar início a essa fase. Embora ainda possa ser recorrida, esta sentença é relevante, uma vez que trata de questão ainda não consolidada em jurisprudência brasileira, já que a Lei de Mediação, em seu art. 23 não prevê sanção para o descumprimento do dispositivo. Além disso, a defesa de natureza vinculante (pressuposto processual), pode vir a encaminhar outras decisões no mesmo sentido (KULESKA; PEDROSO; VIEIRA, 2017, p. 3).

Assim, cabe ressaltar que apesar das cláusulas escalonadas ainda não terem normas legislativas mais bem definidas, que esclareçam todas as possíveis polêmicas que giram em torno do procedimento, a jurisprudência vem, com cada vez mais incidência, criando um ambiente propício para a utilização dos procedimentos multi etapas med-arb, em que a mediação se torna um procedimento prévio necessário para instauração da arbitragem.

Em suma, pode-se concluir que as cláusulas escalonadas, ainda possuem algumas questões polêmicas a respeito de seus efeitos, devendo ser avaliado de forma profunda o que torna o mecanismo pré-arbitral vinculante ou facultativo. No entanto, possuem a capacidade de se tornarem um instrumento empresarial de extrema importância, que cada vez mais se apresenta perante o ordenamento jurídico brasileiro.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho teve o intuito de analisar o instituto da cláusula escalada med-arb no ordenamento brasileiro e, de forma mais minuciosa, lidar com as questões polêmicas que a utilização dessa cláusula pode gerar em contratos empresariais. De forma inicial, foram examinados os dois institutos que contornam o sistema multi etapas trabalhado nessa pesquisa: mediação e arbitragem.

Em seguida, foi abordado em mais detalhes o procedimento escalonado em geral, as possibilidades de utilização e as combinações que podem ser utilizadas quando se aplicam essas cláusulas. Na sequência, a pesquisa passou a ter um maior enfoque no sistema multi etapas em que as partes iniciam o tratamento do conflito com a mediação e caso não haja sucesso nessa ceará, instauram o procedimento da arbitragem para que possa ser proferida uma sentença definitiva e vinculante.

Além disso, a dissertação examinou como redigir uma cláusula escalonada da melhor maneira possível, incluindo a análise de diversos modelos de cláusulas escalonadas padrão disponibilizadas por instituições de mediação e arbitragem nacionais e internacionais..

Por fim, este trabalho analisa a questão central relativa aos efeitos do descumprimento da etapa da mediação no procedimento escalonado med-arb, incluindo a possibilidade de invalidação da sentença arbitral.

A pesquisa permitiu concluir que as cláusulas escalonadas já vem ganhando grande repercussão no âmbito empresarial. No entanto, para evitar problemas de interpretação com a cláusula escalonada após o surgimento do conflito, é preciso redigir uma cláusula que estruture de forma clara o passo-a-passo dos procedimentos em questão e, especificamente, indicar a mediação como etapa necessária para a instauração da arbitragem. Da mesma forma, torna-se importante, a definição do período de tempo que a mediação deve durar, de forma que as partes possam realmente agregar ao procedimento.

A partir da pesquisa efetuada, foi possível concluir que para o melhor aproveitamento dos procedimentos de mediação e arbitragem dispostos na cláusula escalonada é necessário que eles sejam guiados por terceiros neutros diferentes. Existem divergências doutrinárias a respeito, contudo a legislação deu fim a essa discussão. Ademais, outro ponto importante abordado neste trabalho, foi a controvérsia sobre a obrigatoriedade da mediação em contraponto ao princípio fundamental da voluntariedade atrelado ao procedimento. A respeito

disso, concluiu-se que não há quebra do princípio de voluntariedade, uma vez que no momento que as partes definiram que participariam do procedimento em sede de contrato, a voluntariedade das partes foi preservada, e obrigar o início do procedimento mediante conflito não estaria indo de encontro a isso.

Ademais, esse trabalho permitiu concluir que a cláusula escalonada med-arb, possui a mesma natureza da cláusula arbitral, de forma que possui natureza processual e a mediação se torna procedimento prévio obrigatório.

Cabe salientar que, a partir da premissa anterior, aferiu-se que, em caso de tutela de urgência arbitral, deve-se dilatar o prazo para instauração da arbitragem para permitir a realização da mediação, da mesma forma, pode-se entender que por ter os mesmos efeitos da cláusula compromissória devido a cláusula escalonada, deve estender os efeitos da tutela de urgência de forma que instauração da mediação conservará seus efeitos.

Por fim, apesar da legislação não ser clara a respeito, concluiu-se que eventual descumprimento da etapa prévia de mediação poderá gerar anulação da sentença arbitral, com base no art. 32, IV, da Lei de Arbitragem.

Em suma, este trabalho ressalta a importância do estudo dos métodos adequados de solução de conflito, de forma a propiciar o desenvolvimento de uma nova era do Direito, menos dependente do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ACOSTA JR., Jorge Alberto de Macedo. **A herança da modernidade nos conflitos e a mediação como o encontro com o outro.** *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 2, n. 2, p. 41-50, nov. 2014

ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos.** São Paulo: Dash, 2014.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. **The AAA Guide to Drafting Alternative Dispute Resolution Clauses for Construction Contracts**, 2015. Disponível em: https://go.adr.org/rs/294-SFS-516/images/Construction_Guide_to_Drafting_ADR_Clauses_2011_02_17.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

BAIZEAU, Domitille. Chapter 18, Part XVI: Multi-tiered and Hybrid Arbitration Clauses. *In: ARROYO, Manuel. Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*. 2 ed. pp. 2781 - 2797. 2018. Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/print?ids=kli-ka-arroyo-edn2-vol2-197-n&title=PDF>. Acesso em: 24 out. 2022.

BARRETT, Jerome T.; BARRETT, Joseph P. **A history of alternative dispute resolution: the story of a political, cultural, and social movement**. 1. ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2004.

BEDÊ, Judith Apda de Souza; FERENC, Lissa Cristina Pimentel Nazareth; RUIZ, Ivan Aparecido. **Estudos Preliminares sobre Mediação.** *Revista Jurídica Cesumar*, v. 8, n. 1, p. 163-177, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/727/563/#:~:text=Como%20j%C3%A1%20mencionado%2C%20a%20media%C3%A7%C3%A3o,os%20elementos%20formadores%20do%20contrato>. Acesso em: 17 nov. 2022

BERNARDES, Livia Heringer Pervidor; CARNEIRO, Yandria Gaudio. **As ondas de acesso à justiça de Mauro Cappelletti e o acesso transacional à justiça.** v. 3. Vitória: Anais do III Congresso de Processo Civil Internacional, 2018, pp. 195-206. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/26039>. Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.140**, de 26 de junho de 2015. Lei de Mediação, Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 21 mar. 2022

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos: conceitos e técnicas. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. **Mediação De Conflitos**: uma abordagem econômica com foco no setor empresarial. v. 6. n. 2. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos. jul./dez. 2020. pp. 97-114. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/7113>. Acesso em: 23. mar. 2022.

BORGES, Rosa Maria Zaia. **A mediação dos sentidos e os sentidos da mediação**. v. 5, n 1. Porto Alegre: Revista Eletrônica de Direito e Sociedade, 2017, pp. 227-242. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/3271>. Acesso em: 23. mar. 2022.

BORN, Gary B. **International Arbitration: Law and Practice**. Kluwer Law International; 2nd ed, 2015.

BÜHRING-UHLE, Christian. **Arbitration and Mediation in International Business**. International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, 2 ed. vol 13, 2006. Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/print?ids=ipn30868&title=PDF>. Acesso em: 14 nov. 2022.

CAMERA ARBITRALE DI MILANO. **Modelli di clausola arbitrale**, 2022. Disponível em: <https://www.camera-arbitrale.it/it/arbitrato/clausole-arbitrali/modelli-di-clausola.php?id=222#clausola-multistep>. Acesso em: 20 out. 2022.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CIESP/FIESP. **Regulamento de Mediação**. Disponível em: <http://www.camaraarbitragemsp.com.br/pt/mediacao/regulamento.html>. Acesso em: 14 nov. 2022.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CIESP/FIESP. **Modelos de cláusula para uso de arbitragem**. Disponível em: <http://www.cmasp.com.br/pt/res/docs/20220405-modelos-de-clausulas-arbitragem-e-mediacao.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DAS EUROCÂMARAS (CAE). **Cláusulas modelos**. Disponível em: <http://www.euroarbitragem.com.br/pt/medClausulaModelo.php>. Acesso em: 20 out. 2022.

CAMARB – CÂMARA DE ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL. **Regulamento de Mediação Empresarial**. Disponível em: <https://camarb.com.br/wpp/wp-content/uploads/2018/11/regulamento-mediacao-2018.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2022.

CAMARB – CÂMARA DE ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL. **Multi-Tiered Template Clause**, 2018. Disponível em: <https://camarb.com.br/en/arbitration/multi-tiered-template-clause/>. Acesso em: 20 out. 2022.

CAMPELO, Olivia Brandão Melo; LEAL, Marcela Nunes. **MEDIAÇÃO: UM EFICIENTE INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA**. v. 4, n. 1. Teresina: Revista Jurídica Eletrônica da UFPI, jan./jul. de 2017, pp. 100-110. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/7427>. Acesso em: 05 jun. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARRETEIRO, Matheu Aimoré. **Tutelas de urgência e processo arbitral**. Orientador: Carlos Alberto Carmona. 2013. 376 f. Dissertação (Pós Graduação) - Curso de Direito, Direito Processual Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12122014-111517/pt-br.php>. Acesso em: 12 abr. 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Brasil: em busca de uma nova Lei**. v. 72. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ.. **Fatos e números de 2020-2021**. 2021. Disponível em:

<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/fatos-e-numeros-de-2020-2021/>. Acesso em: 01 nov. 2022

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. **Modelos de Cláusulas: Sugestão de Cláusulas adotadas pelo CAM-CCBC**. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/modelos-de-clausula/>. Acesso em: 20 out. 2022.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. **Regulamento de Mediação**. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/wp-content/uploads/sites/10/2019/12/Regulamento-de-Media%C3%A7%C3%A3o-Dezembro-2016.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2022.

CENTRE FOR EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION (CEDR). **Model ADR Clauses for Commercial Contracts**: A drafting guide to key ADR clauses for early resolution of disputes, 2020. Disponível em: <https://www.cedr.com/foundation/currentprojects/mediationcontractclause/>. Acesso em: 20 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2022

COSTA, Marcos Gomes da. **Tutela de urgência e processo arbitral**. Orientador: Paulo Henrique dos Santos Lucon. 2013. 277 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Processual Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10012014-164555/publico/Dissertacao_mestrado_Tutela_de_Urgencia_e_Processo_Arbitral.pdf Acesso em: 01 de out. de 2022.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Agravo de instrumento nº 0701934-87.2017.8.07.0000, Sexta Turma Cível**. Agravante: Companhia Hidroelétrica do São Francisco. Agravada: Norte Energia S/A. Relator: Des. Esdras Alves Almeida, Julgamento: 26.04.2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/901312962/inteiro-teor-901313007>. Acesso em: 18 mai. 2022.

FIADJOE, Albert. **Alternative dispute resolution: a developing world perspective**. London: Cavendish Publishing Limited, 2004.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FRANZONI, Diego; NETO, Nairo Lima. **Tutela de urgência, cláusulas escalonadas na arbitragem e o parágrafo único do art. 22-A da Lei 9.307/96**. vol. 61. São Paulo: Revista de Arbitragem e Mediação, abr./jun. 2019, pp. 165-177.

FRAZÃO, Ana. Arbitragem, confidencialidade e transparência: Perspectivas e desafios para a formação de uma jurisprudência arbitral. **JOTA**, 01 nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/arbitragem-confidencialidade-e-transparencia-01112017>. Acesso em: 07 jun. de 2022.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. Cláusulas Escalonadas. Mediação e Arbitragem. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; VISCONTE, Debora; ALVES, Mariana Cattel Gomes. **Estudos de direito: Uma Homenagem ao Prof. José Carlos Magalhães**. São Paulo: Atelier Jurídico, 2018.

GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação empresarial em números: onde estamos e para onde vamos. **JOTA**, 20 apr. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/mediacao-empresarial-em-numeros-onde-estamos-e-para-onde-vamos-20042018>. Acesso em: 05 jun. 2022.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John F., FOUCHARD, Philippe. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. Kluwer Law Arbitration, 2008. Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn20034>. Acesso em: 13 nov. 2022

GAVRILĂ, Constantin-Adi; IORDAN, Antonio. **Clauzele ADR multi-step din contractele comerciale** (Multi-step ADR Clauses in Commercial Contracts). Revista Română de Arbitraj. Wolters Kluwer România. vol. 15, issue 3. pp. 104 - 116. 2021. Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/print?ids=kli-ka-rra-2021-03-007-n&title=PDF>. Acesso em: 26 out. 2022.

GOLDBERG, Stephen B. *et all*. **Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes**. 6. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; BIAZZI, Nathalie. Eficácia da mediação privada em conflitos empresariais: Empresa de sucesso não é aquela que não tem conflitos, mas a que melhor sabe gerenciá-los. **JOTA**, 29 nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/eficacia-da-mediacao-privada-em-conflitos-em-presariais-29092017>. Acesso em: 06. mar. 2022.

GONÇALVES, Mauro Pedroso. **Os Meios de Correção e Invalidação da Sentença Arbitral, de Acordo com a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 59/2018. p. 167-179, out-dez 2018. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000183bdee48a15c67ddd5&docguid=I404b6d30d1de11e8a240010000000000&hitguid=I404b6d30d1de11e8a240010000000000&spos=7&epos=7&td=2694&context=73&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 04 out. 2022.

GUILHARDI, Pedro. **Medidas de urgência na arbitragem**: interim measures and arbitration. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 49. ano 13. p. 67-101. São Paulo: Ed. RT, abr-jun. 2016.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **Mediation rules**. 2014. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/>. Acesso em: 14 nov. 2022.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **Regulamento de Arbitragem (2020) e Regulamento de Mediação (2014)**. 2022. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR CONFLICT PREVENTION & RESOLUTION - CPR. **CPR Model Clause for Concurrent Mediation Arbitration Clause and Protocol**, 2020. Disponível em: [https://www.cpradr.org/resource-center/protocols-guidelines/concurrent-mediation-arbitration-clauses-and-protocol/_res/id=Attachments/index=0/CPR%20FINAL%20Concurrent%20Mediation--Arbitration%20Clause%20\(CMA\)%20and%20CMA%20Protocol%20and%20Commentary%20%207-13-20.pdf](https://www.cpradr.org/resource-center/protocols-guidelines/concurrent-mediation-arbitration-clauses-and-protocol/_res/id=Attachments/index=0/CPR%20FINAL%20Concurrent%20Mediation--Arbitration%20Clause%20(CMA)%20and%20CMA%20Protocol%20and%20Commentary%20%207-13-20.pdf). Acesso em: 20 out. 2022.

JOLLES, Alexander. **Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement**. Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, Kluwer Law International. vol. 72, issue 4. pp. 329 - 338. 2006. Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/print?ids=kli-ka-amdm-72-04-007-n&title=PDF>. Acesso em: 25 out. 2022.

KAYALI, Didem. **Enforceability of MultiTiered Dispute Resolution Clauses**. Journal of International Arbitration. vol. 27. issue 6. pp. 551 - 577. 2010. Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/print?ids=kli-ka-1050101-n&title=PDF>. Acesso em: 24 out. 2022.

KOMUCZKY, Michael; GHAFARI, Sima. **Drafting multi-tiered dispute resolution clauses**. Kluwer Mediation Blog, 2021. Disponível em:

<http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/30/drafting-multi-tiered-dispute-resolution-clauses/>. Acesso em: 11 out. 2022.

KULESKA, Gustavo; PEDROSO, Luiza; VIEIRA, Thais. Cláusula escalonada: Tribunal de Justiça do Paraná anula sentença arbitral por desrespeito à etapa de negociação pré-arbitral. **CBar - Comitê Brasileiro de Arbitragem**, São Paulo, 17 out. 2017. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/clausula-escalonada-tribunal-de-justica-do-parana-anula-sentenca-arbitral-por-desrespeito-a-etapa-de-negociacao-pre-arbitral/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

KUYVEN, Luis Fernando Martins. Eficácia da sentença arbitral e segurança jurídica. Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais. RDB 56/443. abr. 2012, p. 761-771. *In*: WALD, Arnold. **Arbitragem e Mediação: processo arbitral**. vol 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à Arbitragem.. *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Curso de Arbitragem**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Acordo de Acionistas – Sistema de solução de conflitos “Tailor-Made” – Cláusula compromissória aberta (art. 6.º da Lei 9.307/1996), com todas as potencialidades para Instituir a Arbitragem (art. 7.º) – efeito vinculante – não se trata de Cláusula Escalonada – Mediação ou Arbitragem – admissibilidade de Cláusula de Arbitragem e eleição de foro (execução específica) – Cláusula Combinada ou Fracionada – Instituição da Arbitragem pelo Juízo de primeiro grau (Parecer)**. v. 7. Revista de Direito Civil Contemporâneo, abr./jun. 2016, pp 297-321.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **A sentença arbitral**. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 4/2005. | p. 26-33. jan-mar 2005. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000183bdee48a15c67ddd5&docguid=I7a374a30f25511dfab6f010000000000&hitguid=I7a374a30f25511dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=2694&context=73&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 04 out. 2022.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem. *In*: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan Barros; CASADO FILHO, Napoleão (org.). **Arbitragem Internacional - Unidroit, Cisg e Direito Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. pp. 163-178

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEW, Julian D M; MISTELIS, Loukas A; STEFAN, Kroll. **Comparative International Commercial Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law Arbitration, 2003. p. 1-15. Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/print?ids=ipn27499&title=PDF>. Acesso em: 13 nov. 2022

LIMA, Luis Daniel Alves; TEIXEIRA, Sergio Torres. **Breves considerações sobre a natureza jurídica da mediação extrajudicial de conflitos**. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Ano 15. Vol 22. Nº 1. jan-abr de 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/52802/36331>. Acesso em: 18 nov. 2021.

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. **LCIA Arbitration and ADR worldwide**, 2012. Disponível em: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Mediation_Clauses.aspx. Acesso em: 20 out. 2022.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema Multiportas”: Opções Para Tratamento De Conflitos De Forma Adequada. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAIA, Marina Leal Galvão. **As cláusulas escalonadas no ordenamento jurídico brasileiro**: breves considerações sobre as cláusulas med-arb e seus efeitos. v. 18, Issue 72. Revista Brasileira de Arbitragem, 2021, pp. 62-79.

MAIA NETO, Francisco. O papel do advogado na mediação. *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARQUES, Alessandra Garcia. **A solução de conflitos dentro e fora do processo por meio da Mediação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**: uma necessária contribuição do pensamento de Emmanuel Levinas sobre a justiça e a alteridade para a reflexão a respeito da mediação. São Paulo: Revista de Direito Brasileira, v. 15, n. 6, set./dez. 2016, p. 200 - 222. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2995/2765>. Acesso em: 05 mar. 2022.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. **MÉTODOS OU TRATAMENTOS ADEQUADOS DE CONFLITOS?** Ano 3. 6 ed. nº1. Paraná: Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR, 2018. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/metodos-ou-tratamentos-adequados-de-conflitos%20b9/>. Acesso em: 29 mai. 2022

MOFFITT, Michael L.; BORDONE Robert C. **The handbook of dispute resolution**. 1. ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2005.

MOSER, Luiz Gustavo Meira. **X. Ltd. v. Y., Swiss Federal Court, nº 4A_18/2007, 7 June 2007**. v. 4, Issue 15. Revista Brasileira de Arbitragem, 2007, pp. 196-199.

MORETTI, Deborah Aline Antonucci; COSTA, Yvete Flavio da. **O princípio da primazia da decisão de mérito no novo CPC como instrumento de efetividade da jurisdição**. Fortaleza: Pensar, v. 21, n. 2, pp. 411-441, mai/ago 2016. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/4240/pdf>. Acesso em: 17 de nov. 2022

NAZARETH, Eliana Riberti. **Mediação O Conflito e a Solução**. São Paulo: Arte Paubrasil, 2009.

NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki; ISOGAI, Stephanie Karoline Maioli. **Sentença Arbitral: principais aspectos e motivos de invalidação**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 35, n. 1: 421-445, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/309>. Acesso em: 17 nov. 2022.

NEVES, Flavia Bittar; ZIADE, Danielle Farah. A Adoção das Cláusulas Escalonadas: Conveniência ou Risco? *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; VISCONTE, Debora; ALVES, Mariana Cattel Gomes. **Estudos de direito: Uma Homenagem ao Prof. José Carlos Magalhães**. São Paulo: Atelier Jurídico, 2018.

NIGMATULLINA, Dilyara. **The Combined Use of Mediation and Arbitration in Commercial Dispute Resolution: Results from an International Study**. Journal of International Arbitration, Kluwer Law International. vol.33. issue 1. pp. 37 - 82. 2016. Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/print?ids=kli-ka-joia-330102&title=PDF>. Acesso em: 25 out. 2022.

OGHIGIAN, Haig. **Making Mediation/Arbitration Hybrid work: a personal experience**. Asian Dispute Review. Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), 2002. vol. 4. issue 1. pp. 82 - 84. Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/print?ids=kli-ka-adr-2002004-n&title=PDF>. Acesso em: 26 out. 2022.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Do direito fundamental de acesso à justiça**. Scientia Iuris. Londrina, v. 10, p. 225-242, 2006. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4132>. Acesso em: 28 mai. 2022

PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. A cláusula escalonada. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis F. (coords.). In: **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017

PIÑEIRO, Álvaro López de Argumedo. Multi-step Dispute Resolution Clauses. In BALLESTEROS, Miguel Ángel Fernández; LOZANO, David Arias. **Liber Amicorum Bernardo Cremades**. Wolters Kluwer Espanã, 2010, pp. 733-745.

REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin; BLACKBY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 6a ed. Oxford University Press, 2015.

REIS, Yuri Brizon. **A obrigatoriedade da Cláusula Escalonada med-arb**. ano 5, n.3. Lisboa: Revista Jurídica Luso-Brasileira, 2019, pp. 1897-1945. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-3/189>. Acesso em: 27 mar. 2022.

ROSOFF, Jacob. **Hybrid Efficiency in Arbitration: Waiving Potential Conflicts for Dual Role Arbitrators in Med-Arb and Arb-Med Proceedings**. vol. 26. issue 1, 2009, pp. 89 - 100. Disponível em: <https://www.kluwerarbitration.com/document/print?ids=ipn31036&title=PDF&searchTerm=jacob%20rosoff>. Acesso em: 14 nov. 2022.

SALES, Lilia Maia De Moraes; RIBEIRO, Sabrina Florêncio. **Conflict mediation and the culture of dialogue in the legal system: a study based on “The Island of Dr. Moreau”**. v. 6, n. 2. Porto Alegre: ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.rdl.org.br/anamps/article/view/642>. Acesso em: 06 jun. 2022.

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é Mediação de Conflitos**. Coleção Primeiros. São Paulo: Brasiliense, 2007.

SANTOS, Elaine Cler Alexandre dos; BORGES, Pedro Pereira. **Mediação como instrumento para solução de conflitos: direito fundamental de acesso à justiça**. n. 8. São Paulo: Revista de Direito Brasileira. v. 20, mai./ago. 2018, p. 146-173. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3168>. Acesso em: 16 mai. 2022

SANTOS, Mauricio Gomm. **The Role of Mediation in Arbitration: The Use and the Challenges of Multi-tiered Clauses In International Agreements**. Revista Brasileira de

Arbitragem. vol X. issue 38. pp. 7 - 15. 2013 Disponível em:
<https://www.kluwerarbitration.com/document/print?ids=kli-ka-rba-1038002-n&title=PDF>.
Acesso em: 24 out. 2022.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos; MAILLART, Adriana Silva. **A “Cultura Da Sentença” em 2016/2017 e a sua reprodução pelas escolas de Direito no Sul do Brasil.** n.73. Belo Horizonte: Rev. Fac. Direito UFMG, jul./dez. 2018, pp. 671-699.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem:** mediação e conciliação. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Resolução De Disputas: Métodos Adequados para Resultados Possíveis e Métodos Possíveis para Resultados Adequados. *In:* SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem:** curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. **O significado constitucional do acesso à justiça.** Revista brasileira de direito constitucional. São Paulo, n. 7, v. 2, p. 144-160, jan/jun, 2006. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/335>. Acesso em: 28 mai. 2022.

SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION, Queen Mary University of London. **International arbitration corporate attitudes and practices**, 2008. Disponível em: <https://www.pwc.co.uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2022

STIPANOWICH, Thomas J.; LAMARE, Ryan. **Living with ADR:** Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration, and Conflict Management in Fortune 1000 Corporations. Harvard Negotiation Law Review, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2221471. Acesso em: 17 out. 2022.

SWISS ARBITRATION CENTRE. Mediation clause for contracts. 2021. Disponível em: <https://www.swissarbitration.org/centre/mediation/mediation-clauses/>. Acesso em: 20 out. 2022.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

TIMOTHY, Gracious; DUGGAL, Kabir. Chapter13: Mixed-Mode Dispute Resolution. *In:* TIMOTHY, Gracious. **Conciliation and Mediation in India, Global Trends in Dispute Resolution.** vol. 11, Kluwer Law International, 2021.

TJDFT, **Agravo de instrumento nº 0701934-87.2017.8.07.0000**, Sexta Turma Cível, Relator: Des. Esdras Alves Almeida, Julgamento: 26.04.2017. Disponível em: <https://pje2i-consultapublica.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=f2e8f3e897d94261c4a7f3875eb35c3d9ccef146623d632a>. Acesso em: 18 nov. 2022.

TORRES, Leandro. Arbitragem e o Empregado Hipersuficiente. **Banco Costa Filho**, 17 fev 2020. Disponível em: <https://blog.bancacostafilho.com/arbitragem-e-o-empregado-hipersuficiente/>. Acesso em: 03 nov. 2022.

TUCCI, José Rogério Cruz. Conjur – STJ deve privilegiar arbitragem, não artifícios que a impedem. **CBar - Comitê Brasileiro de Arbitragem**, São Paulo, 25 fev. 2013. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/conjur-stj-deve-privilegiar-arbitragem-nao-artificios-que-a-impedem/> > Acesso em: 13 abr 2022.

TRISTÃO, Martins Ivan; FACHIN, Zulmar. **O acesso à justiça como direito fundamental e a construção da democracia pelos meios alternativos de solução de conflitos**. Scientia Iuris. Londrina, v. 13, p. 47-64, 2009. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4001/3487>. Acesso em: 29 mai de 2022

UNITED NATIONS. **UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use (2018)**. New York: United Nations Publications, 2018. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01363_mediation_guide_e_ebook_rev.pdf. Acesso em: 14 nov. 2022.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Lei de mediação e conciliação tem pontos positivos e algumas falhas. **CONJUR**, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-03/paul-vaz-lei-mediacao-pontos-positivos-algumas-falhas#author>. Acesso em: 02 jul. 2022.

VIDAL, Gustavo Pane. **Convenção de Arbitragem**. Orientador: Francisco José Cahali. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Civil, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/18869/2/Gustavo%20Pane%20Vidal.pdf> Acesso em: 31 de jul. de 2022.

VIVIANI, Luis. Brasil é o 5º país que mais utiliza arbitragem no mundo: dados de 2016 são da Câmara de Comércio Internacional. Litígios globais somam US\$ 171 bilhões. **JOTA**, 19 set. 2017. Disponível em:

<https://www.jota.info/justica/brasil-e-o-5o-pais-que-mais-utiliza-arbitragem-no-mundo-19092017>. Acesso em: 07 jun. 2022.

WAKSMAN, Muriel; GOMES JR, Roberto Lincoln de S; BRENNEKE, Vanessa Constantino. **A forma da sentença arbitral**. Revista de Direito Empresarial. vol. 1/2014. p. 281-295. jan. 2014. Disponível em:

<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000183bdee48a15c67ddd5&docguid=I4e43ab808efb11e3aae4010000000000&hitguid=I4e43ab808efb11e3aae4010000000000&spos=9&epos=9&td=2694&context=73&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 05 out. 2022.

WALLGREN-LINDHOLM, Carita. Chapter 1: ADR and Business. *In*: INGENHOUSZ, Arnold, *et al.* **ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures**. Kluwer Law International, 2006. pp. 3-19. Disponível em:

<https://www.kluwerarbitration.com/document/print?ids=kli-kcc-1103006-n&title=PDF>. Acesso em: 13 nov 2022.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). **Future Disputes: WIPO Mediation Followed, in the Absence of a Settlement, by [Expedited] Arbitration Clause**. Disponível em: https://www.wipo.int/amc/en/clauses/med_arb/. Acesso em: 20 out. 2022.

ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequadas para conflitos**. v. 9, Salvador: JusPodivm, 2016.