

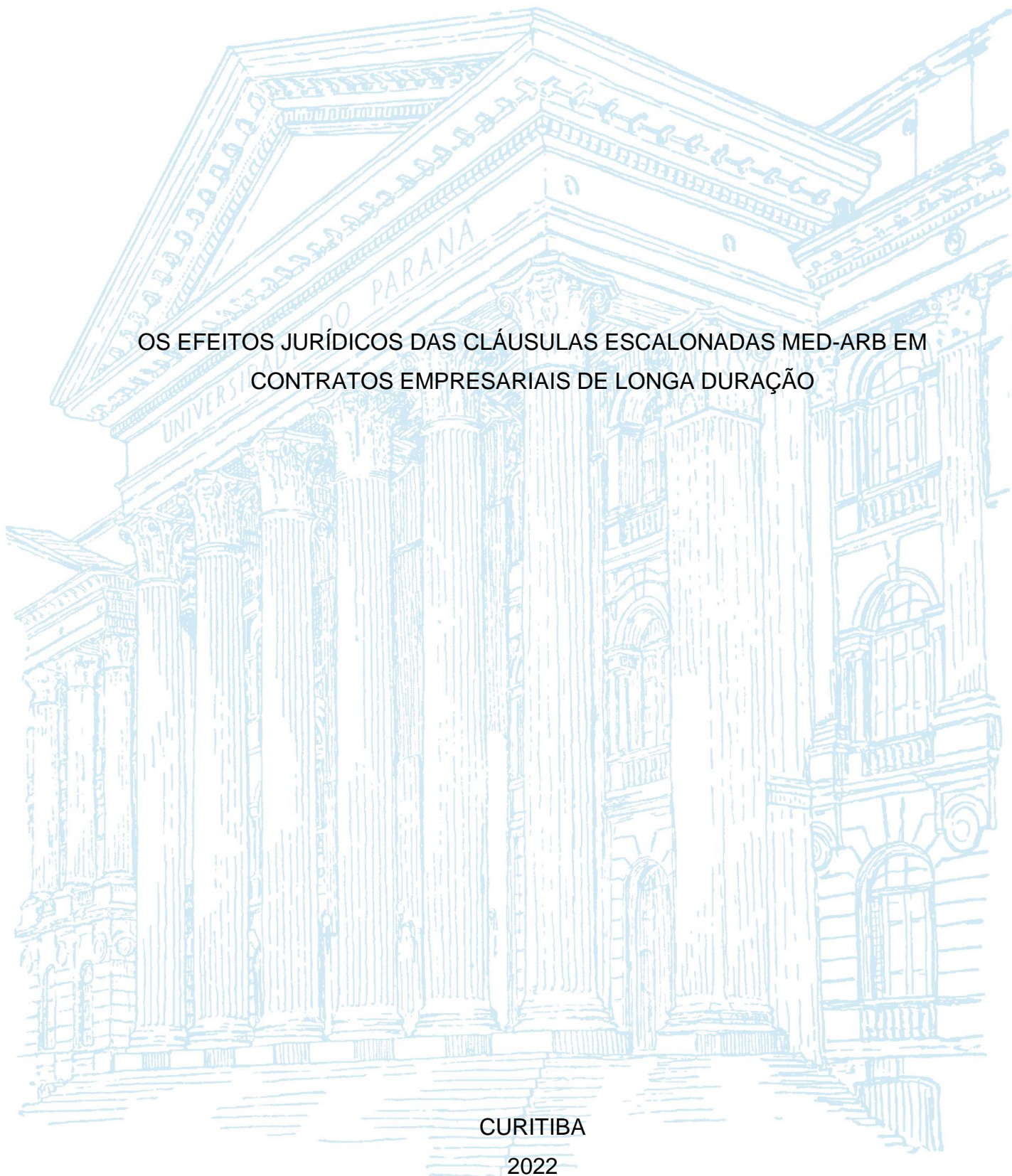
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FERNANDA DOROCINSKI DA SILVA

OS EFEITOS JURÍDICOS DAS CLÁUSULAS ESCALONADAS MED-ARB EM  
CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGA DURAÇÃO

CURITIBA

2022



FERNANDA DOROCINSKI DA SILVA

OS EFEITOS JURÍDICOS DAS CLÁUSULAS ESCALONADAS MED-ARB EM  
CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGA DURAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz

CURITIBA

2022

TERMO DE APROVAÇÃO

OS EFEITOS JURÍDICOS DA CLÁUSULA ESCALONADA MED-ARB EM CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGA DURAÇÃO

**FERNANDA DOROCINSKI DA SILVA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



---

Maria Cândida do Amaral Kroetz  
Orientador

---

Coorientador

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK

Assinado de forma digital por  
CARLOS EDUARDO PIANOVSKI  
RUZYK  
Dados: 2022.05.16 12:29:38 -03'00'

---

Carlos Eduardo Pianowski Ruzik  
1º Membro



---

Adriano Camargo Gomes  
2º Membro

## RESUMO

O presente estudo se propõe a analisar a utilização da mediação e arbitragem, como métodos alternativos de resolução de conflitos nos contratos empresariais. Apesar de serem métodos distintos em princípios, conceitos e aplicação, podem ser mesclados, com o intuito de aumentar as chances de soluções adequadas e eficazes as necessidades do caso concreto. Nesse sentido, em contratos empresariais complexos e de longa duração, se tem a previsão de cláusulas escalonadas Med-Arb, visto que nestes contratos há grandes chances de surgirem controvérsias no passar do tempo, em razão do dinamismo econômico. Desse modo, a previsão e utilização das cláusulas escalonadas Med-Arb, possuem o condão de possibilitar a resolução do conflito de maneira célere, técnica e eficaz, se comparado com o Poder Judiciário. Por fim, o presente trabalho busca a partir de uma análise doutrinária e legislativa, analisar a utilização dos métodos escalonados, assim como o efeito material e processual decorrente.

Palavras-chave: 1. Contratos empresariais de longa duração. 2. Mediação. 3. Arbitragem. 4. Cláusulas escalonadas. 5. Med-Arb.

## **ABSTRACT**

This paper seeks to analyze the use of mediation and arbitration as alternative methods of conflict resolution. Despite their differences (such as principles, concepts and application), mediation and arbitration can be combined as an strategy to increase the chances of solutions which are effective and adequate to the needs of the case. In general, Med-Arb staggered clauses are used in complex and long-term business contracts, since in these contracts there are great chances of disputes arising over time due to economic dynamism. In this sense, the provision and use of Med-Arb staggered clauses can foster the resolution of the conflict in a fast and effective way compared to the Judiciary. In view of this, this study seeks to analyze the use of staggered methods, as well as the material and procedural effect in the case of non-compliance with the clause, through the lens of Brazilian doctrine and legislation.

Keywords: 1. Long-term business contracts. 2. Mediation. 3. Arbitration. 4. Staggered clauses. 5. Med-Arb.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 OS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGA DURAÇÃO: A APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM .....</b>	<b>9</b>
<b>3 DA MEDIAÇÃO.....</b>	<b>12</b>
3.1.1 A mediação na legislação brasileira .....	13
3.1.2 A mediação e suas principais finalidades.....	15
3.1.3 A aplicabilidade da mediação no contexto empresarial.....	16
<b>4 DA ARBITRAGEM.....</b>	<b>18</b>
4.1.1 A arbitragem na legislação brasileira .....	19
4.1.2 As vantagens da utilização da arbitragem.....	21
4.1.3 A aplicabilidade da arbitragem no contexto empresarial .....	22
<b>5 MEDIAÇÃO ALIADA À ARBITRAGEM: CLÁUSULA ESCALONADA MED-ARB NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGA DURAÇÃO.....</b>	<b>23</b>
5.1 DOS EFEITOS JURÍDICOS: MATERIAL E PROCESSUAL .....	24
5.1.1 Do efeito jurídico processual e da obrigatoriedade da fase de mediação. ....	25
5.2 DA IMPOSSIBILIDADE DO MEDIADOR FIGURAR COMO ÁRBITRO.....	27
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>28</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>29</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A existência de conflitos é uma realidade social desde os primórdios, em razão de divergências políticas, sociais, econômicas. Com o avanço das civilizações, houve um crescimento exponencial das controvérsias e, conseqüentemente, surgiu a necessidade da regulamentação de um meio estatal para solucionar os conflitos. Ademais, segundo Gustavo Osna e Edilson Vitorelli, a resolução de conflitos e o processo, são tido como questões iminentemente históricas e culturais<sup>1</sup>.

No caso brasileiro, tradicionalmente, as controvérsias são submetidas ao Poder Judiciário, tanto que se tornou o meio de resolução de conflitos mais utilizado e conhecido pela população. Contudo, a jurisdição estatal tornou-se lenta e ineficaz, em razão do excesso de direcionamento de conflitos. Ainda, esse excesso de ações judiciais se dá pelo fato de sermos “uma sociedade civil pouco organizada, que não consegue agir independentemente do Estado [...] e de termos um processo judicial que é relativamente barato”<sup>2</sup>.

Além disso, a crise vivenciada pelo Poder Judiciário, deixou de atender as necessidade de alguns conflitos, especialmente, aqueles que envolvem controvérsias empresariais. Diante deste cenário, os meios alternativos de resolução de conflitos, em especial a mediação e a arbitragem, foram incentivados pela Administração Pública e consolidados na legislação brasileira com o intuito de “evitar o colapso do Poder Judiciário”<sup>3</sup>.

Os meios alternativos de resolução de conflitos mostram-se como uma tendência em controvérsias complexas, visto que conferem celeridade, eficácia e tecnicidade à resolução e, conseqüentemente, esses meios alternativos tornam-se mais atrativos em relação ao procedimento jurisdicional.

Por fim, o presente trabalho se propõe a analisar as peculiaridades dos contratos empresariais de longa duração; os institutos da mediação e da arbitragem, destacando-se os conceitos e benefícios de sua utilização e, posteriormente, a utilização combinada de ambos os métodos na resolução de conflitos empresariais advindos de contratos empresariais de longa duração, assim como os efeitos jurídicos das cláusulas med-arb.

---

<sup>1</sup> VITORELLI, Edilson. OSNA, Gustavo. **Introdução ao Processo Civil e à Resolução de Conflitos**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 27

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 31

<sup>3</sup> TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis** - 6ª. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 167.

## 2 OS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGA DURAÇÃO: A APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

O contrato, segundo a teoria clássica, pode ser definido como um negócio jurídico firmado entre as partes visando criar, modificar ou extinguir obrigações e deveres patrimoniais<sup>4</sup>.

A partir dessa definição, os contratos podem ser classificados como: instantâneos ou de duração<sup>5</sup>. Assim, os contratos instantâneos são aqueles executados no momento da celebração do negócio jurídico. Em contrapartida, os contratos de duração são divididos em contratos de execução continuada – quando a obrigação é executada de forma constante – ou periódica – quando a obrigação é executada em certos intervalos de tempo.

Os contratos de longa duração, podem ser comumente encontrados tanto nas relações públicas, quanto nas privadas. Entretanto, merece destaque, a frequente utilização dos contratos de longo prazo<sup>6</sup> nas relações empresariais, em razão de seus inúmeros benefícios, como bem delineado por Vitor de Paula Ramos<sup>7</sup>, visto que tais contratos permitem:

[...] de um lado, a adaptabilidade dinâmica às necessidades concretas de uma empresa, diminuindo custos (economiza-se, com efeito, nos custos de transações, por exemplo); de outro, o atendimento imediato de tais necessidades, sem que seja necessário aguardar o tempo necessário para tratativas, negociações etc.

Contudo, a utilização desses contratos deve se dar de forma cautelosa, pela impossibilidade de “descrever e estipular *ex ante*, com detalhes e precisão, todos os

---

<sup>4</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie - Vol. 3.** 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 21.

<sup>5</sup> TEPEDINO, Gustavo. KONDER, Carlos Nelson. BANDEIRA, Paulo Greco. **Fundamentos do Direito Civil - Contratos - Vol. 3.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 81.

<sup>6</sup> Segundo Vinicius Klein, devemos analisar a terminologia “longo prazo”, visando evitar confusões referentes ao modo de execução dos contratos. Nesse sentido, aduz que “a terminologia distribuição seria mais adequada, uma vez que é mais precisa”. O autor, ainda, discorre sobre as características inerentes as modalidades de contratos de longo prazo, assim, para um maior aprofundamento do estudo, ler a obra: KLEIN, Vinicius. **Os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da argumentação judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 103.

<sup>7</sup> RAMOS, Vitor de Paula. A dependência econômica dos contratos de longa duração. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** | Belo Horizonte, v. 20, 2019. p. 22.

eventos futuros que venham a interferir nas obrigações”<sup>8</sup>, tornando tais contratos naturalmente incompletos.

Essas lacunas, de modo geral, não se tornam problemáticas quando deixadas de maneira intencional, pois podem ser usadas em benefício das partes. Logo, possibilitam uma maior flexibilização das negociações de controvérsias futuras que, sem dúvidas surgirão, tendo em vista o grande dinamismo contratual no decorrer do tempo.

Sendo assim, as incompletudes/lacunas dos contratos empresariais de longa duração, podem ser benéficas às partes quando intencionalmente planejadas. Para tanto, no momento da redação de tais contratos, é imprescindível uma boa estruturação e redação contratual, com o intuito de evitar condutas oportunistas<sup>9</sup>.

Ainda, em relação aos benefícios da incompletude textual dos contratos empresariais de longa duração, lecionam Judith Martins-Costa e Guilherme Nitschke<sup>10</sup>:

[...] as partes injetam em um texto estrutural de base algumas previsões “abertas” que supõem, para a sua completa operacionalização, a conexão com outras previsões complementares e/ou aditivas e a possibilidade de modificação ou de adição pontual ao texto contratual de base. Há, pois “incompletude” textual. Porém, nessas situações a incompletude deliberada não é “defeito”: no mais das vezes, se relaciona com a maior ou menor competitividade e economicidade dos denominados custos de transação. Diante da *certeza sobre as incertezas*, as partes preferem deixar a regulação de certos aspectos para o futuro, se e quando for necessário regulá-los.

Portanto, os contratos duradouros no âmbito empresarial, possuem grande relevância, apesar dos desafios de manutenção do vínculo obrigacional de forma equilibrada. Ademais, tornam-se benéficos, visto que estão relacionados diretamente com a competitividade e economicidade das transações empresariais.

---

<sup>8</sup> FAGANELLO, Tiago. A natural incompletude dos contratos de longa duração. **Revista Consultor Jurídico**, 2020. Não paginado. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/faganello-incompletude-contratos-longa-duracao>.

<sup>9</sup> Nesse sentido, Tiago Faganello assevera: “considerando que os empresários, quando entram em uma relação contratual de longa duração, têm por objetivo economizar custos de transação, reduzir a assimetria informativa e estabelecer salvaguardas contra comportamentos oportunistas — como, por exemplo, as cláusulas de *hardship* e *most favored nation* —, estimulando a cooperação e a boa-fé entre os empresários contratantes, essa relação pode se mostrar eficiente na criação de graus de confiabilidade para manutenção do vínculo contratual.” (*Op. cit.*, não paginado)

<sup>10</sup> MARTINS-COSTA, Judith. NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. Ano 1, nº 1, 2015. p. 1250.

Considerando que “a relação vai sendo alterada não só por situações internas e previstas pelas partes, mas também por situações externas, que, previstas ou não, vão determinar alterações fáticas e jurídicas”<sup>11</sup>, assim é facultado as partes inserirem cláusulas contratuais que estabeleçam uma solução adequada e alternativa dos conflitos futuros, com o intuito de perpetuar o vínculo obrigacional, bem como satisfazer as expectativas e necessidades dos contratantes.

Como *supra* mencionado, é impossível prever todas essas alterações futuras, no momento da redação contratual<sup>12</sup>. Nesse aspecto, devem ser previstos instrumentos que auxiliem as partes a dirimir os conflitos posteriores a celebração contratual. Diante disso, a inerente incompletude dos contratos empresariais duradouros pode ser tida como um instrumento eficaz para a solução dos conflitos, em razão de ser um contrato menos engessado, possibilita o eventual preenchimento das lacunas, se necessário.

Além desse instrumento, é possível inserir cláusulas que estipulem a utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos, também conhecidos como *alternative dispute resolution* (ADRs)<sup>13</sup>. Estes métodos apresentam-se como alternativos ao processo judicial e, segundo Kazuo Watanabe, foram incorporados com o objetivo de se alcançar uma “solução mais adequada dos conflitos de interesses, pela participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses, o que preservará o relacionamento delas, propiciando a justiça coexistencial”.<sup>14</sup>

Dentre as modalidades de métodos alternativos, os mais adequados para a resolução de controvérsias empresariais, são: a mediação e a arbitragem, que podem ser previstas de maneira combinada ou não. Destaca-se, oportunamente,

---

<sup>11</sup> RAMOS, Vitor de Paula. A dependência econômica dos contratos de longa duração. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** | Belo Horizonte, v. 20, 2019. p. 18

<sup>12</sup> Maria Candida do Amaral Kroetz, aduz que uma redação contratual que tentasse abarcar todas as situações vivenciadas futuramente pelas partes acarretaria em: “uma previsão regulatória exaustiva [...] tornaria a redação muito morosa e onerosa” (KROETZ, Maria Candida do Amaral. A mediação em contratos empresariais de longa duração. In: **Mediação Empresarial: experiências brasileiras**. São Paulo, Editora CLA Cultural, 2019. p. 115.)

<sup>13</sup> Daniela Gabbay, Diego Faleck e Fernanda Tartuce, afirmam que essa denominação surgiu em razão de que: “o acesso ao Poder Judiciário foi tradicionalmente considerado a via natural de enfrentamento de conflitos” e, com isso, os outros métodos são denominados de alternativos. (GABBAY, Daniela. FALECK, Diego. TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 9)

<sup>14</sup> WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesses**. p.3. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>

que esses não são os únicos métodos alternativos de solução de conflitos, porém são aqueles que mais se adequam aos conflitos vivenciados no âmbito empresarial.

Todavia, a mediação e a arbitragem são métodos que possuem natureza, finalidades, objetivos, finalidades e legislações distintas. Sendo assim, se tem a necessidade de uma análise inicial de ambos os métodos para uma melhor compreensão de sua aplicabilidade nos conflitos empresariais.

### 3 DA MEDIAÇÃO

De acordo com Edilson Vitorelli e Gustavo Osna<sup>15</sup>, a mediação e os demais métodos de solução alternativa de controvérsias, surgiram da necessidade de redirecionamento dos conflitos para além do poder jurisdicional do Estado, que se tornou demorado e custoso para a sociedade. Com isso, ao invés de centrar “esforços na melhoria do processo judicial, interessa direcionar os conflitos para o mecanismo que seja mais apto a solucioná-los.”<sup>16</sup>.

A mediação é um método apto para a solução de conflitos onde havia um vínculo anterior entre as partes. Nesse sentido, a mediação consiste em um método autocompositivo, isto significa que as próprias partes envolvidas realizam uma análise do conflito, mediante auxílio de um terceiro imparcial e com o restabelecimento da comunicação chegam no acordo.

Conforme os ensinamentos de Fernanda Tartuce<sup>17</sup>, a mediação é um meio consensual utilizado para solucionar controvérsias, porque o mediador não impõe, apenas facilita uma solução para o conflito. De modo que, a mediação pode ser conceituada como um:

[...] meio consensual de abordagem de controvérsias em que alguém imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem.

Assim, tem-se a mediação como a última oportunidade para as partes solucionarem o conflito, dado que se essa solução não for alcançada – embora o

---

<sup>15</sup> VITORELLI, Edilson. OSNA, Gustavo. **Introdução ao Processo Civil e à Resolução de Conflitos**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 32-47.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>17</sup> TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis** - 6ª. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 189.

sucesso da mediação não esteja ligado apenas ao acordo<sup>18</sup> – as partes terão que redirecionar a solução da controvérsia para os métodos heterocompositivos, no qual um terceiro (árbitro ou juiz) irá impor sua decisão sobre as partes, independentemente de ser considerada positiva ou negativa por elas.

### 3.1.1 A mediação na legislação brasileira

Segundo Adolfo Braga Neto<sup>19</sup>, a mediação como um instituto internacional, foi trazido ao Brasil em meados dos anos 90, a partir de palestras realizadas por estrangeiros acerca do assunto, despertando o interesse no desenvolvimento do instituto no Brasil. Ademais, com o advento da Lei nº 9.307/96, houve a necessidade de regulamentar a utilização dos métodos alternativos, tanto que “instituições de mediação e arbitragem foram reunidas [...], com o intuito de criar padrões mínimos de qualidade que guiassem o desenvolvimento da mediação e da arbitragem, dentro dos princípios éticos inerentes a ambas atividades”<sup>20</sup>.

Acerca da difusão do instituto no Brasil, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça<sup>21</sup>, ao dispor sobre a Política Nacional de tratamento adequado dos conflitos, reconheceu a mediação como um dos instrumentos necessários para a efetivação da pacificação social, tanto que a resolução considerou imprescindível a estimulação e difusão dos métodos consensuais, com o auxílio do poder público.

No mesmo sentido, o Código de Processo Civil de 2015<sup>22</sup>, fortaleceu ainda mais o instituto, visto que estabelece em quais controvérsias há preferência<sup>23</sup> da

---

<sup>18</sup> O sucesso da mediação ou de métodos consensuais de resolução de conflitos, não consiste, somente, na persecução do acordo. De modo geral, as partes se submetem à mediação, seguida da arbitragem, quando não conseguem resolver por si só, as questões controvertidas. A partir disso, o mediador busca restabelecer a comunicação e auxiliar as partes a compreenderem quais motivos ensejaram a controvérsia. Assim, esse é um dos motivos que tornam a mediação um sucesso, pois o restabelecimento da comunicação e o entendimento do problema, auxilia as partes a solucioná-lo. (TARTUCE, Fernanda. 2020, *passim*)

<sup>19</sup> NETO, Adolfo Braga. Marco Legal da Mediação – Lei 13.140/2015 – Comentários iniciais à luz da prática brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 47, 2015. p. 259-275

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 260

<sup>21</sup> BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/resolucao\\_125\\_29112010\\_23042014190818.pdf?msclkid=b30fbd4ec20011ec88d4524795d8f091](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/resolucao_125_29112010_23042014190818.pdf?msclkid=b30fbd4ec20011ec88d4524795d8f091). Acessado em 20 de abril 2022.

<sup>22</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm?msclkid=6670be37c20211eca38a398d695544f2](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm?msclkid=6670be37c20211eca38a398d695544f2). Acessado em 20 de abril 2022.

atuação do mediador, bem como, dispõe sobre os princípios<sup>24</sup> norteadores da mediação. Conclui-se, conforme os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero<sup>25</sup> que os métodos autocompositivos, em especial a mediação, foram consagrados na legislação e tornaram-se essenciais para a promoção da justiça social.

Com vistas a uma melhor regulamentação do método no Brasil, foi promulgada a Lei nº 13.140/2015 que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Conforme Adolfo Braga Neto<sup>26</sup>, esse seria o marco legal da mediação no país, visto que o método era utilizado, mas não havia uma regulamentação específica acerca do assunto.

Entre as especificidades trazidas pelo marco legal da mediação, destacam-se a relevância da distinção realizada entre a mediação judicial e extrajudicial<sup>27</sup>, os parâmetros de conduta na atuação do mediador e os princípios pelos quais o procedimento deve ser norteado: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

Desta maneira, é notável que a legislação nacional busca, de maneira efetiva, difundir a utilização dos métodos alternativos de solução de controvérsias, em especial a mediação. Tanto o Código de Processo Civil, quanto a Lei de Mediação versam sobre a utilização do método: o primeiro regulamenta a aplicação da mediação judicial (iniciativa estatal, incentivada pelo magistrado e realizada nos

---

<sup>23</sup> “Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 3º. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.”

<sup>24</sup> “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.”

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, vol. 1 – 7ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 213.

<sup>26</sup> NETO, Adolfo Braga. Marco legal da mediação – Lei nº 13.140/2015 – Comentários iniciais à luz da prática brasileira. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 47, 2015. p. 259-275

<sup>27</sup> Conforme distinguido pela própria lei, temos a mediação judicial e a mediação extrajudicial. A primeira modalidade, está disposta nos artigos 24-29 e consiste na utilização da mediação pelas partes por incentivo do Poder Judiciário, sendo realizadas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. A segunda modalidade, está disposta nos artigos 21-23, surgem da decorrência contratual, é iniciada consensualmente pelas partes e realiza-se em câmara privada.

Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – “Cejuscs”); e o segundo regulamenta a mediação extrajudicial (parte da iniciativa privada e consensual das partes, decorre de cláusula contratual e é realizada em câmaras privadas).

### 3.1.2 A mediação e suas principais finalidades

Segundo Fernanda Tartuce, a mediação objetiva alcançar algumas finalidades, quais são: restabelecimento da comunicação, prevenção de conflitos, inclusão social, pacificação social e celebração de acordos – ainda que esse não seja o objetivo principal. Para um melhor entendimento acerca do tema, é essencial discorrer sobre as principais finalidades do método.

Conforme mencionado anteriormente, a mediação tem como produto principal o restabelecimento da comunicação entre as partes e, conseqüentemente, o acordo obtido de maneira consensual. Assim, essa finalidade do método autocompositivo, almeja colocar as partes como protagonistas e não espectadores, de modo que o papel do mediador consiste no auxílio do restabelecimento da comunicação para que as próprias partes possam detectar e solucionar o conflito.

Outra finalidade da mediação, consiste na preservação do relacionamento entre as partes. Ao instituírem a mediação, as partes quebram a estrutura binária do conflito e permitem que um terceiro imparcial lhes auxilie a encontrar uma solução. Ademais, segundo Fernanda Tartuce<sup>28</sup>, o mediador deve

[...] ter sempre presente que a mediação apenas poderá ajudar os envolvidos a preservar seu relacionamento, melhorando-o ou, pelo menos, não o prejudicando, se está for a vontade das partes.

Com isso, não é aconselhável que as partes busquem a mediação se ausente a intenção de preservar o relacionamento. Assim, se obtiverem um acordo sem esta intenção, as chances de descumprimento são maiores, visto que foi firmado um acordo sem o intuito de, realmente, solucionar o conflito.

Ainda, tem como finalidade a prevenção de conflitos, que consiste em evitar a litigiosidade do conflito submetido à mediação. É dizer, diante do sucesso da mediação, é esperado que “se evite a ocorrência do fenômeno da litigiosidade

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 239

remanescente quanto à controvérsia abordada, assim como a litigiosidade sobre pontos controvertidos relativos a outros potenciais impasses naquela ou em outras relações jurídicas entre os envolvidos.”<sup>29</sup>.

A mediação também possui como finalidade a inclusão e a pacificação social. A primeira, tem como objetivo uma inclusão do indivíduo no procedimento de resolução do conflito. A segunda, decorre do fato de que um acordo formulado de forma consensual entre as partes tende a ser mais facilmente cumprido se comparado a uma decisão imposta pelo magistrado, fomentando uma maior pacificação social.

Por fim, o método tem como finalidade a celebração de acordos e sucesso da mediação. Destaca-se que, a celebração de acordos não pode estar estritamente vinculada ao sucesso da mediação, visto que o grande produto do processo de mediação consiste no restabelecimento da comunicação entre as partes e não no acordo propriamente dito. Este é o entendimento de Fernanda Tartuce<sup>30</sup>, pois há

[...] pluralidade de objetivos dos meios consensuais ao distinguir entre sucesso e acordo. O procedimento pode ser bem-sucedido sem haver um pacto final, uma vez que a mediação tem objetivos múltiplos que não se reduzem ao consenso consubstanciado em um acordo.

Com isso, os métodos consensuais podem e devem ser considerados bem-sucedidos, mesmo que não haja acordo entre as partes, dado que tais métodos não possuem o condão de, apenas, buscar o acordo. O sucesso da mediação, pode ser identificado no restabelecimento da comunicação entre as partes, trazendo uma nova perspectiva da controvérsia o que, conseqüentemente, auxilia em sua resolução.

### 3.1.3 A aplicabilidade da mediação no contexto empresarial

A mediação é útil no contexto empresarial, especialmente nos contratos de longa duração, visto que eles são mais propensos ao surgimento de divergências entre as partes, em razão do decurso do tempo. Em regra, a mediação surge em

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 240

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 246

conjunto com as “dificuldades para instalar a negociação direta ou ela falha na tarefa de alcançar consensos”<sup>31</sup> sendo necessária a intervenção de um terceiro.

Como *supra* apontado, a mediação se mostra como um meio adequado e eficaz para a resolução de conflitos onde há uma relação prévia, visto que o mediador auxilia as partes a restabelecerem a comunicação e, se possível, alcançar um acordo.

Para um melhor entendimento da mediação empresarial, devemos distinguir sua utilização conforme as necessidades de cada segmento, podendo o método ser utilizado para a resolução de conflitos interempresariais e intraorganizacionais<sup>32</sup>. O presente trabalho busca analisar a mediação interempresarial, que consiste na resolução de controvérsias existentes em uma relação entre empresas ou entre uma empresa e um terceiro diverso. Segundo Adolfo Braga Neto<sup>33</sup> o papel do mediador torna-se essencial nesses casos, dado que

A intervenção do mediador acaba por promover o reenquadramento da questão controversa, pela integração de perspectivas diferenciadas, estimulando a cooperação entre os empresários e a busca de opções que culminarão com a melhor ou melhores e mais criativas soluções, resultando no cumprimento espontâneo das obrigações assumidas ao longo da mediação e após seu encerramento. Em outras palavras, o mediador, em sua intervenção, coordena um processo de positivação do conflito, que nada mais é do que fruto da estrutura relacional existente entre eles no passado e presente, com a conscientização de que o futuro está em suas mãos. É a devolução do poder aos empresários de gerir e posteriormente resolver o conflito, se o desejarem e efetivamente tiverem condições para tanto.

Nesse contexto, as controvérsias interempresariais levadas à mediação, de modo geral versam sobre o descumprimento de cláusulas contratuais, visto que esses contratos estão, intimamente, ligados ao constante avanço econômico e por “não atenderem ao dinamismo exigido pela economia a que estão intrinsecamente ligados”<sup>34</sup> é que surgem os conflitos.

---

<sup>31</sup> KROETZ, Maria Candida do Amaral. A mediação em contratos empresariais de longa duração. In: **Mediação Empresarial: experiências brasileiras**. São Paulo, Editora CLA Cultural, 2019. p. 120.

<sup>32</sup> Para um melhor aprofundamento acerca da utilização da mediação nos segmentos empresariais citados, ler: NETO, Adolfo Braga. **A mediação de conflitos no contexto empresarial**. In: **Mediação de conflitos: o novo paradigma de acesso à justiça** – 2ª ed. – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 163-167

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 160

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 161.

Assim, a mediação interempresarial surge como um método adequado para a solução dos conflitos, visto que havia uma relação contratual anterior que, na maioria das vezes, se busca preservar. Além disso, uma das hipóteses de resolução das controvérsias entre os empresários consiste na alteração ou modificação do contrato anteriormente firmado, para que as partes possam se adequar ao dinamismo econômico vivenciado, buscando a manutenção do vínculo obrigacional ao invés de sua ruptura.

#### 4 DA ARBITRAGEM

Segundo Francisco José Cahali, a arbitragem surge em decorrência de um acordo de vontades ou de uma cláusula contratual e consiste na previsão de resolução de conflitos de forma alternativa ao processo judicial. É dizer, as partes convencionam que diante de controvérsias terão o auxílio de um terceiro ou colegiado para dirimir o conflito<sup>35</sup>. Assim, tanto a via arbitral, quanto a judicial são métodos heterocompositivos de resolução de conflitos e assemelham-se quanto ao poder vinculante de suas decisões.

Nesse sentido, tem-se os ensinamentos de Carlos Alberto Carmona<sup>36</sup> que conceitua a arbitragem como:

[...] meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

Além disso, segundo José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luis Monteiro, toda tentativa de conceituação da arbitragem deve fazer referência a seus quatro elementos fundamentais: (i) meio de solução de conflitos; (ii) autonomia privada das partes; (iii) terceiro imparcial com poder de decisão; e (iv) coisa julgada material”.

Assim, conclui-se que o procedimento arbitral é um meio alternativo ao procedimento judicial, que decorre da vontade das partes e diferencia-se da

---

<sup>35</sup> CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem – 4ª ed. – São Paulo: **Editora Revista dos Tribunais**, 2014. p. 93.

<sup>36</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996** – 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 31-33.

mediação e da conciliação, dado que o árbitro impõe sua decisão as partes e, além disso, a decisão arbitral possui autoridade de coisa julgada material, tornando-se definitiva, imutável e indiscutível<sup>37</sup>.

De fato, os elementos fundamentais da arbitragem são essenciais para uma melhor compreensão conceitual do método, assim como para identificar quais casos podem ser adequadamente solucionados por um processo arbitral. A partir disso, alguns benefícios do método merecem destaque: (a) tecnicidade do julgador; (b) celeridade; (c) menor formalidade do procedimento; (d) confidencialidade; e (e) custo-benefício – embora a princípio a instauração de uma arbitragem seja cara, se considerado os demais benefícios em comparação com a via tradicional, em especial celeridade e maior tecnicidade do julgamento, é possível reconhecer sua eficiência.

Contudo, apesar dos benefícios elencados, a arbitragem não pode ser utilizada para dirimir todos os tipos de controvérsia, visto que sua utilização restringe-se, por força de lei, às controvérsias relativas a direito patrimoniais disponíveis.

#### 4.1.1 A arbitragem na legislação brasileira

Na legislação brasileira, a utilização da arbitragem foi regulamentada pela primeira vez na Constituição Imperial de 1824. Depois, outros diplomas legais buscaram regulamentar o método<sup>38</sup>, no entanto, para o presente estudo, mostram-se relevantes as seguintes legislações: Lei nº 9.307/96, Lei nº 13.105/2015 e a Lei nº 13.129/2015.

A Lei nº 9.307/1996<sup>39</sup>, promulgada antes da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre a arbitragem e resulta de um anteprojeto realizado em 1990, “como ápice da Operação *Arbiter*”<sup>40</sup>. Considerando que a referida lei é posterior à Constituição vigente, esta teve sua constitucionalidade submetida a análise do

---

<sup>37</sup> FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luis Monteiro. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 32

<sup>38</sup> Para um aprofundamento acerca do contexto histórico da Arbitragem no contexto brasileiro e internacional, ler: FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luis Monteiro. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 23-26.

<sup>39</sup> BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9307.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm). Acesso em abril de 2022.

<sup>40</sup> FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luis Monteiro. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 27.

Supremo Tribunal Federal<sup>41</sup>. Após o afastamento das alegações de inconstitucionalidade da lei em 2001 e com a recepção da Convenção de Nova Iorque, ocorrida em 2002, o instituto da arbitragem se consolidou.

Com o advento da Lei nº 13.105/2015<sup>42</sup>, que instituiu o Código de Processo Civil, foram realizadas alterações significativas na arbitragem que melhoraram a sua utilização, devido a criação da carta arbitral e disciplinada a “preservação da confidencialidade da arbitragem em casos que é necessária a cooperação com o Poder Judiciário”<sup>43</sup>. Contudo, o CPC não trouxe os avanços esperados no que concerne ao tema de homologação de decisões estrangeiras, assunto que, por esse motivo, depende de forma mais significativa de construção doutrinária e jurisprudencial.

Também, houve o advento da Lei nº 13.129/2015<sup>44</sup>, que promoveu uma reforma da Lei de Arbitragem<sup>45</sup>. Este diploma legal, dispõe sobre: (i) a ampliação e utilização da arbitragem pela Administração Pública; (ii) a escolha dos árbitros quando as partes recorrem ao órgão arbitral; (iii) a interrupção da prescrição; (iv) a concessão de tutelas cautelares e de urgência; (v) a carta arbitral; e a (vi) sentença arbitral.

Diante do exposto, evidencia-se que desde a primeira regulamentação acerca da arbitragem na legislação brasileira, o instituto vem sendo moldado e aprimorado. As alterações legislativas sintetizadas acima, permitiram a adequação da arbitragem conforme a evolução das interações sociais e, conseqüentemente, da necessidade de meios adequados de resolução de conflitos. Ainda, como mencionado, há algumas lacunas legislativas que precisarão ser preenchidas pela

---

<sup>41</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>42</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 20 de abril de 2022.

<sup>43</sup> FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luis Monteiro. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 28.

<sup>44</sup> BRASIL. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm). Acesso em 20 de abril de 2022.

<sup>45</sup> FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luis Monteiro. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 28.

construção doutrinária e jurisprudencial, conforme a necessidade e contexto histórico.

#### 4.1.2 As vantagens da utilização da arbitragem

Segundo os ensinamentos de José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luis Monteiro, as qualidades da arbitragem devem ser analisadas no plano abstrato, para entender os motivos da necessidade da criação de normas específicas para o instituto, e no plano concreto, “para que se possa decidir, com segurança, se a arbitragem seria a melhor via de solução de conflitos para uma determinada relação jurídica.”<sup>46</sup>. Assim, os autores discorrem sobre as qualidades da arbitragem, conforme analisadas abaixo:

(a) Celeridade, reconhecida quando se compara a duração dos processos no procedimento arbitral e no procedimento judicial. O primeiro é mais célere que o segundo, especialmente em casos mais complexos. Esta celeridade ocorre pois, em geral, (i) são poucos os litígios levados aos árbitros; (ii) não se tem a possibilidade de recorrer de sentença arbitral e (iii) os árbitros buscam prestar o melhor serviço possível para as partes, visando reconhecimento jurídico e futuras indicações;

(b) Possibilidade de escolha de um especialista que está, intimamente, ligada com a celeridade do procedimento arbitral. Ainda, o fato do árbitro ser especialista da questão central do conflito reflete “não só a prolação de decisões melhores sob o ponto de vista técnico – reduzem-se as chances de erro – como também de decisões mais rápidas”<sup>47</sup>;

(c) Imparcialidade dos árbitros, esta qualidade mostra-se de suma importância em controvérsias internacionais, dado que “a arbitragem pode representar, na verdade, um ‘foro neutro’ em disputas internacionais”<sup>48</sup>, se comparado com a jurisdição interna de uma das partes, o que confere mais segurança aos contratantes.

(d) Eficácia transnacional da sentença, é uma qualidade do procedimento arbitral, dado que confere maior efetividade para cumprimento de decisão arbitral em âmbito internacional, pois possui “maior facilidade de ser reconhecida e executada

---

<sup>46</sup> FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luis Monteiro. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 46

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 52.

em outros países do que a sentença judicial o que traz para a parte vencedora maiores chances reais de satisfação do seu eventual direito de crédito”<sup>49</sup>;

(e) Flexibilidade do procedimento, permite que as partes ao convencionarem a cláusula compromissória, disponham sobre o procedimento arbitral de acordo com a especificidades do caso e das possíveis controvérsias e, nesse sentido, que haja a flexibilidade necessária para facilitar o julgamento do conflito.

(f) Custo-benefício do procedimento arbitral: pode-se afirmar que se comparado com as custas e duração do procedimento judicial a arbitragem possui uma vantagem quanto aos custos, visto que trata-se de um procedimento mais célere, conforme mencionado.

Por fim, conforme demonstrado, o procedimento arbitral possui grandes qualidades e, a depender da controvérsia, torna-se o meio mais adequado para a sua resolução, sendo utilizado como uma alternativa ao procedimento judicial.

#### 4.1.3 A aplicabilidade da arbitragem no contexto empresarial

A arbitragem é um método alternativo e adequado para a resolução de conflitos empresariais, porque se diferencia do caráter geral do Poder Judiciário: ao permitir a escolha do árbitro de forma pessoal pelas partes, conseqüentemente, “assegura-se, assim, a expertise de seu pronunciamento, formando um cenário relevante para os litígios com alto grau de complexidade.”<sup>50</sup>.

Além disso, a escolha do procedimento arbitral em detrimento do processo judicial, nas relações empresariais, advém da busca pela celeridade e eficácia da decisão arbitral. Nesse sentido, tem-se os ensinamentos de Luciano Alves Rodrigues dos Santos e Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino<sup>51</sup> acerca dos motivos que levam os empresários a optarem pela via arbitral, visto que:

A jurisdição estatal, muitas vezes, não consegue acompanhar o ritmo das relações empresárias, demorando nas soluções dos litígios, o que se torna desinteressante e desestimulador para os contratos empresariais, pois cada vez mais se exige soluções rápidas, econômicas e eficazes a respeito das controvérsias oriundas de tais atos.

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>50</sup> VITORELLI, Edilson. OSNA, Gustavo. **Introdução ao Processo Civil e à Resolução de Conflitos**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 55

<sup>51</sup> SANTOS, Luciano Alves Rodrigues dos. BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues. Acesso à justiça e arbitragem nos conflitos empresariais. **Revista Direito em (Dis)Curso**, vol. 2, 2015. p. 6.

Nesse sentido, Gustavo Osna e Edson Vitorelli aduzem que, em razão da morosidade, burocracia e generalidade do processo judicial, a arbitragem seria o método mais viável, sendo que “poderia assegurar uma resposta *temporal* e *qualitativamente* mais adequada.”<sup>52</sup>.

Considerando a crise vivenciada pelo Poder Judiciário, os métodos alternativos de resolução de conflitos, em especial a arbitragem, devem ser analisados como uma válvula de escape da jurisdição estatal e não como uma substituição.

Diante disso, evidenciam-se as utilidades da arbitragem no contexto empresarial, especialmente, nos contratos empresariais de longa duração. Ademais, necessidade de uma decisão célere, eficaz e que acompanha a constante evolução econômica, mostra-se como uma forma viável da resolução de controvérsias, diferente do método tradicional.

## **5 MEDIAÇÃO ALIADA À ARBITRAGEM: CLÁUSULA ESCALONADA MED-ARB NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGA DURAÇÃO**

De modo geral, as cláusulas escalonadas permitem a combinação de métodos de resolução alternativa de conflitos (conciliação, mediação, arbitragem, etc), visando “criar um procedimento em etapas sucessivas, com o propósito de aumentar as chances de resultados proveitosos.”<sup>53</sup>.

A partir disto, há inúmeras possibilidades de combinação de métodos, que variam de acordo com a necessidade, complexidade contratual e vontade das partes. Nesse sentido, segundo Fernanda Levy, as cláusulas escalonadas são “estipulações que preveem a utilização sequencial de meios de solução de controvérsias, em geral mediante a combinação de meios consensuais e adjudicatórios.”<sup>54</sup>.

No contexto do presente estudo, interessa a utilização das cláusulas escalonadas med-arb, que mesclam métodos “autocompositivo e heterocompositivo,

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 56

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 59

<sup>54</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013 – eBook Kindle – não paginado.

buscando trazer a melhor solução para as partes”. Essas cláusulas possuem duas etapas distintas de utilização, conforme explicado por Mariana Leal Galvão Maia<sup>55</sup>:

Na primeira etapa, as partes utilizam um terceiro neutro, o mediador, a fim de tentar alcançar um acordo sobre o conflito surgido entre elas. Caso isso não se mostre possível, o procedimento de arbitragem se iniciaria e, nele, o tribunal arbitral ou o árbitro único decidiriam a questão por meio de uma sentença vinculante às partes.

As cláusulas escalonadas med-arb, aparecem “com certa frequência, em contratos de longa duração e complexidade, [...] sendo de todo oportuno prevê-las e estipulá-las.”<sup>56</sup>. Nesse sentido, tem-se os ensinamentos de Francisco José Cahali<sup>57</sup>, ao afirmar que se mostra interessante a inserção de cláusulas escalonadas nos contratos empresariais, de modo que:

[...] diante de alguma controvérsia surgida no curso da execução do contrato, ainda terão um período prolongado de convivência, sendo de todo recomendável, assim, buscar soluções consensuais para as diferenças havidas.

Para conferir eficácia e segurança jurídica as partes, a utilização das cláusulas escalonadas med-arb em contratos empresariais de longa duração, devem possuir uma boa redação que verse sobre a duração de cada etapa, como se dará a escolha dos árbitros e mediadores, bem como prever os efeitos jurídicos em caso de inadimplemento contratual, como veremos adiante.

## 5.1 DOS EFEITOS JURÍDICOS: MATERIAL E PROCESSUAL

De acordo com Mariana Leal Galvão Maia, o descumprimento das cláusulas escalonadas med-arb apresenta dois efeitos jurídicos distintos, quais são: o efeito material e o efeito processual.

---

<sup>55</sup> MAIA, Marina Leal Galvão. As Cláusulas Escalonadas no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Breves Considerações sobre as Cláusulas Med-Arb e Seus Efeitos. **Revista Brasileira de Arbitragem**, 2021. p. 68.

<sup>56</sup> LEMES, Selma Ferreira. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B. (Org.). **Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG, e Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 164

<sup>57</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem** – 4ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 149

O efeito jurídico material incide em caso de descumprimento da cláusula contratual de mediação. Nesse sentido, o art. 22<sup>58</sup>, inciso IV da Lei nº 13.140/2015 - Lei de Mediação -, 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. Ademais, segundo Selma Ferreira esse descumprimento deve ser considerado “como inadimplemento contratual, podendo gerar ressarcimento equivalente, ou a aplicação de cláusula penal estipulada no contrato.”<sup>59</sup>.

O efeito processual, caracteriza-se pela falta de “condição da ação” para a parte iniciar a arbitragem ou ajuizar a demanda perante o Judiciário.”<sup>60</sup>. Nesse sentido, o art. 23<sup>61</sup> da Lei nº 13.140/2015 - Lei de Mediação -, autoriza que a etapa de mediação seja tida como procedibilidade à instauração de procedimento arbitral ou jurisdicional. Contudo, estabelece o parágrafo, do art. 23 que a procedibilidade: “não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito”.

Por fim, destaca-se que os efeitos jurídicos mencionados decorrem da autonomia das partes, das disposições contratuais e legais acerca da temática. Ademais, o efeito processual e a consequente obrigatoriedade da etapa de mediação serão analisadas abaixo.

### 5.1.1 Do efeito jurídico processual e da obrigatoriedade da fase de mediação.

No que se refere à obrigatoriedade da fase de mediação como um pressuposto para a instauração do procedimento arbitral, no caso de previsão contratual de cláusulas escalonadas, leciona Fernanda Levy<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> “Art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo: (...) IV - penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.”

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 173

<sup>60</sup> MAIA, Marina Leal Galvão. As Cláusulas Escalonadas no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Breves Considerações sobre as Cláusulas Med-Arb e Seus Efeitos. **Revista Brasileira de Arbitragem**, 2021. 70

<sup>61</sup> “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.”

<sup>62</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013 – eBook Kindle – não paginado.

[...] configurada expressamente a fase da mediação como obrigatória, ou seja, caracterizada a vontade das partes em, surgido o conflito, submetê-lo inicialmente ao procedimento de mediação, entendemos que todos os efeitos jurídicos se operam, tanto na esfera obrigacional como na esfera processual. Neste sentido, as partes, ao convencionarem a mediação ficam primeiramente obrigadas a cumprir o avençado, mas na hipótese de uma das partes ser recalcitrante, deverá arcar com as consequências jurídicas na esfera obrigacional e processual, ou seja, responderá pelos danos causados à outra parte em razão da sua atitude e terá seu conflito, ainda que momentaneamente, afastado da apreciação pelo tribunal arbitral.

Ainda, como mencionado, o art. 23 da Lei nº 13.140/2015, autoriza que a etapa de mediação seja um requisito de procedibilidade da instauração de arbitragem. Ainda, em caso de inadimplemento da mediação e instauração de método heterocompositivo, o arbitro ou juiz podem suspender os respectivos procedimentos até que seja cumprida a etapa consensual. Além disso, o art. 16 do referido diploma legal, admite a suspensão do procedimento arbitral ou judicial, caso as partes queiram resolver o conflito de maneira consensual. De acordo com Francisco José Cahali, essa obrigatoriedade decorre da importância conferida ao método diante da Resolução 125/2010 do CNJ e com advento do Código de Processo Civil de 2015<sup>63</sup>.

Segundo, Silvia Rodrigues Pachikoski esse caráter obrigatório, também, está ligado a redação da cláusula contratual. Desse modo, se as partes convencionaram que “deverão se submeter à mediação prévia ao procedimento arbitral, o que delas se espera é que cumpram o que convencionaram e tomem todas as providências estabelecidas originariamente”. É dizer, “a cláusula passa a ter condição de procedibilidade para o processo arbitral”<sup>64</sup>.

Contudo, segundo Carlos Alberto Carmona<sup>65</sup>, essa obrigatoriedade não seria absoluta, dado que

O binômio tempo-urgência, por outro lado, pode exigir que uma das partes desde logo instaure a arbitragem (antecedida, eventualmente, de medida cautelar pleiteada perante o juiz estatal), o que infringe, em última análise, a promessa contratual de submeter litígio primeiro à mediação/conciliação e, somente em caso de insucesso, passar à arbitragem. Seria formalismo

---

<sup>63</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem** – 4ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 150

<sup>64</sup> 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. p. 90

<sup>65</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996** – 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 35.

excessivo imaginar alguma nulidade por conta da instauração da arbitragem sem que as partes se submetam previamente ao procedimento auto compositivo escolhido.

Conquanto, haja a possibilidade de instaurar o procedimento e, posteriormente, suspende-lo em razão do inadimplemento da etapa de mediação, cláusula escalonada med-arb perderia sua utilidade. Considerando que o escalonamento de cláusulas visa aumentar a possibilidade de soluções proveitosas, de modo que as partes devem cumprir convencionado.

Por fim, conforme os ensinamentos de Silvia Rodrigues Pachikoski, a obrigatoriedade da mediação como procedibilidade ao procedimento arbitral está restrita à participação obrigatória na primeira reunião de mediação. É dizer, 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<sup>66</sup>.

## 5.2 DA IMPOSSIBILIDADE DO MEDIADOR FIGURAR COMO ÁRBITRO

Nos termos do art. 7<sup>o67</sup> da Lei de Mediação, fica vedado ao mediador figurar como árbitro. Desse modo, a redação da cláusula deve versar sobre essa vedação e impor critérios para a escolha do mediador e do árbitro.

Ademais, o grande problema dessa possibilidade é o fato de que o julgador tem acesso a informações prévias que poderiam comprometer seu juízo a respeito da disputa. Isso reflete em outro aspecto, as partes ficariam inseguras, ou seja, não se sentiriam à vontade para expor todas as suas questões. Isso é particularmente problemático porque o sucesso da mediação depende da confiança das partes e de suas abertura ao diálogo.

Nesse sentido, a disposição sobre a escolha do mediador e do árbitro é essencial para que, a confidencialidade e a imparcialidade dos profissionais não seja motivo de questionamento futuro. Ainda, segundo Carlos Alberto Carmona<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> 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., p. 287-292

<sup>67</sup> Art. 7º 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.

<sup>68</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996** – 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 34

Não é recomendável que o mediador exerça, em caso de fracasso do método autocompositivo, a função de árbitro. Durante o processo de negociação, as partes devem ter a tranquilidade de poder revelar ao mediador ou conciliador os detalhes do contrato e suas expectativas de solução da controvérsia; não creio que as partes, sabendo que o profissional que tenta atingir a transação será eventualmente o juiz da futura demanda, possam tirar o melhor proveito do método.

Com isso, visando prevenir problemas acerca das disposições contidas nas cláusulas escalonadas, essas não podem derivar de uma redação lacunosa. É dizer, devem ser evitadas “as armadilhas de cláusulas muito genéricas” para que as polêmicas sejam sanadas e previstas dentro do próprio contrato.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclui-se que a utilização da mediação e da arbitragem, como métodos alternativos ao poder jurisdicional, permitem uma solução adequada, técnicas e célere, suprimindo as expectativas e necessidades dos conflitos empresariais.

Nesse sentido, tem-se a mediação como um método autocompositivo, que visa o restabelecimento da comunicação entre as partes e, se possível, a obtenção de um acordo com a consequente manutenção do vínculo obrigacional. Em contrapartida, tem-se a arbitragem como um método heterocompositivo, onde há a imposição de uma sentença sobre as partes.

Como mencionado, tanto a mediação, quanto a arbitragem funcionam muito podem ser aplicadas de forma independente ou autônoma, para a resolução de controvérsias empresariais. Contudo, quando há combinação desses métodos, obtém-se resultados mais proveitosos.

Por fim, evidenciou-se que os pontos mais delicados quanto a utilização das cláusulas escalonadas med-arb, decorrem de redações ruins e com generalidade excessiva. Essa problemática, interfere diretamente no efeito jurídico material ou processual da cláusula.

Assim, evidencia-se que a redação das cláusulas deve ser fiel à vontade das partes, para que no futuro não haja problemas relacionados a interpretação das referidas cláusulas. Com isso, tem-se o desafio de redigir a cláusula de forma específica e estruturada, para que em caso de inobservância, as partes tenham ciência do efeito jurídico a ser esperado, podendo ser: um mero descumprimento contratual ou uma causa de nulidade de sentença arbitral.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm?msclkid=6670be37c20211eca38a398d695544f2](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm?msclkid=6670be37c20211eca38a398d695544f2)

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 20 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm). Acesso em 20 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9307.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm). Acesso em 20 de abril de 2022.

BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/resolucao\\_125\\_29112010\\_23042014190818.pdf?msclkid=b30fbd4ec20011ec88d4524795d8f091](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/resolucao_125_29112010_23042014190818.pdf?msclkid=b30fbd4ec20011ec88d4524795d8f091). Acessado em 20 de abril de 2022.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem – 4ª ed. – São Paulo: **Editora Revista dos Tribunais**, 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996** – 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

FAGANELLO, Tiago. A natural incompletude dos contratos de longa duração. **Revista Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/faganello-incompletude-contratos-longa-duracao>. Acessado em 22 abril de 2022.

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

GABBAY, Daniela. FALECK, Diego. TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

KLEIN, Vinícius. **Os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da argumentação judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. A mediação em contratos empresariais de longa duração. In: **Mediação Empresarial: experiências brasileiras**. São Paulo, Editora CLA Cultural, 2019.

LEMES, Selma Ferreira. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem. In: **FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B. (Org.). Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG, e Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 163-178.

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

MAIA, Marina Leal Galvão. As Cláusulas Escalonadas no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Breves Considerações sobre as Cláusulas Med-Arb e Seus Efeitos. **Revista Brasileira de Arbitragem**, 2021. p. 62-79.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, vol. 1 – 7ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. Ano 1, nº 1, 2015.

NETO, Adolfo Braga. A mediação de conflitos no contexto empresarial. In: **Mediação de conflitos: o novo paradigma de acesso à justiça** – 2ª ed. – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

NETO, Adolfo Braga. Marco Legal da Mediação – Lei 13.140/2015 – Comentários iniciais à luz da prática brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 47, 2015. p. 259-275

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. p. 276-296.

RAMOS, Vitor de Paula. A dependência econômica dos contratos de longa duração. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** | Belo Horizonte, v. 20, 2019.

SANTOS, Luciano Alves Rodrigues dos. BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues. Acesso à justiça e arbitragem nos conflitos empresariais. **Revista Direito em (Dis)Curso**, vol. 2, 2015.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis** - 6ª. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie - Vol. 3.** - 17ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. KONDER, Carlos Nelson. BANDEIRA, Paulo Greco. **Fundamentos do Direito Civil - Contratos - Vol. 3.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VITORELLI, Edilson. OSNA, Gustavo. **Introdução ao Processo Civil e à Resolução de Conflitos.** São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesses.** Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acessado em 22 abril de 2022.