

Artigo
**A CLÁUSULA MED-ARB E OS DILEMAS CRIADOS PARA O SISTEMA MULTIORTAS
PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Thales de Miranda[1]

Valéria Sant'Anna[2]

RESUMO: O presente artigo buscará abordar as principais questões que envolvem as chamadas cláusulas escalonadas med-arb,[3] tema de crescente importância no atual momento de incentivo aos métodos alternativos de solução de conflitos. As Cláusulas Escalonadas Med-Arb como uma versão mais moderna dos meios alternativos de resolução de controvérsias: seu método, seus efeitos, vantagens e desafios.

PALAVRAS CHAVE: Cláusula med-arb – sistema multiortas - métodos de resolução de conflitos

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O QUE SÃO CLÁUSULAS ESCALONADAS MED-ARB. 3. OS EFEITOS DA ESCOLHA DA CLÁUSULA MED-ARB. 4. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

As cláusulas multietapas[4] estão presentes, com certa frequência, em contratos de longa duração e alta complexidade, principalmente naqueles de prestação continuada, em que o inadimplemento contratual repercute em cadeia nas demais contratações e subcontratações, sendo de todo oportuno prevê-las e estipulá-las, trazendo a garantia de que, a despeito da eventual existência de um impasse, o cumprimento do contrato não ficará sujeito a um longo e penoso curso processual em sede judicial.[5]

Essa moderna forma alternativa de resolução de conflitos vem sendo cada vez mais utilizada nas relações comerciais internacionais.[6] No Brasil sua utilização é, no entanto, relativamente recente. Tendo-se em conta que por um lado: a primeira lei que verdadeiramente regulamentou a arbitragem no Brasil só foi promulgada em 1996 e que, somente em 2001, no julgamento da SE 52063, o Supremo Tribunal Federal declarou sua constitucionalidade.[7] E que, por outro lado: somente a partir de 2015, com a promulgação da Lei 13.140 (Lei de Mediação); a associação entre os dois métodos de resolução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro passou a ser discutida em bases normativas. Feita esta ressalva, passamos a fazer uma breve análise das vantagens e desvantagens da inserção deste tipo de cláusula em contratos comerciais.

O ordenamento jurídico brasileiro, buscando acompanhar uma tendência mundial de desvincular as disputas entre particulares da jurisdição estatal, passou a estimular os métodos alternativos e não adversariais de solução de controvérsias.

Para tanto, incorporou relevantes atualizações legislativas, tais como a reforma da Lei de Arbitragem, a promulgação da Lei de Mediação e do novo Código de Processo Civil. Mencionamos o novo CPC (de 2015), pois este inovou ao prever em seu art. 3º, que:

Art. 3º (...)

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 juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

A própria a Lei de Arbitragem, em seu art. 21, § 4º, já estabelecia um estímulo à conciliação, ao dispor que:

Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

No mesmo sentido, o art. 16, da Lei de Mediação, determina que:

Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

A adoção deste arcabouço normativo evidencia que estamos passando por um momento de mudança de paradigma, não só no Brasil, mas em todo o mundo. Esta mudança consiste na tendência de se afastar dos métodos adversariais de resolução de controvérsias e se privilegiar os métodos autocompositivos de resolução de conflitos, buscando-se uma solução consensual, negociada para os mesmos, a fim de não criar desgastes e obstáculos a vínculos comerciais que tendem a se manter no tempo e espaço.

O QUE SÃO CLÁUSULAS ESCALONADAS MED-ARB

As Cláusulas Escalonadas Med-Arb[8] não são mecanismos completamente inéditos, mas apenas uma versão mais moderna dos meios alternativos de resolução de controvérsias, de forma a adequá-los aos novos tipos de conflitos. Unem-se dois métodos diferentes, de ADRs[9] um autocompositivo e um heterocompositivo, para trazer a melhor solução às disputas das partes.

Para todas as questões arbitráveis, existe a possibilidade, caso haja interesse das partes, de se aplicar a mediação, que apresenta, inclusive, um campo mais amplo de aplicação do que o da própria arbitragem, na medida em que pode ser utilizada para solução de conflitos envolvendo matérias de conteúdo indisponível.

Surgindo uma controvérsia em um contrato comercial com a Cláusula Med-Arb, as partes contratantes devem, via de regra, primeiramente se submeter aos procedimentos de mediação descritos na referida cláusula e, caso o consenso não seja obtido, recorrem, subsequentemente, ao procedimento arbitral.

Apesar da arbitragem e mediação, como explicado acima, serem métodos de composição de conflitos diferentes, é comum se apresentarem institucionalmente entrelaçados, pois há uma simbiose natural no uso escalonado dos dois métodos. Um não exclui ou se torna excluído da esfera do outro, pelo contrário, se integram e complementam virando uma das muitas portas de acesso às vias de exercício de composição de disputas do chamado Sistema Multiportas de resolução de controvérsias.[10]

A teoria do Sistema Multiportas, criada pelo Professor Frank Sander, da Faculdade de Direito de Harvard, e apresentada na histórica "Pound Conference" de 1976, propunha que, quando o jurisdicionado se dirigisse ao Estado para dirimir seus conflitos, encontrasse, além da jurisdição estatal, outras portas de entrada, com outros mecanismos disponíveis, como a mediação, a conciliação e a arbitragem.[11]

No entanto, a sua crescente aplicação na prática comercial internacional que começou a ser significativa somente nas últimas décadas, vem deixando em evidência algumas dúvidas relacionadas, por exemplo: à validade e obrigatoriedade dos procedimentos pré-arbitrais, descritos na Cláusula Med-Arb.[12]

Em outras palavras: se não for observado o esgotamento da etapa inicial mediatória, há consequências e efeitos no processo de arbitragem? Neste caso, de quem seria a competência para resolver essas questões?

Questiona-se também se, após a concessão de tutela de urgência junto ao Poder Judiciário, as partes estariam dispensadas da etapa prévia de mediação.

Tendo alinhavado a natureza da Cláusula Med-Arb, e levantado potenciais consequências quanto à utilização prática da mesma, importante passarmos a discutir e entender os efeitos da sua escolha, para dirimir as disputas decorrentes de um contrato, a qual pode trazer graves consequências para o seu sistema de resolução.

OS EFEITOS DA ESCOLHA DA CLÁUSULA MED-ARB

O primeiro aspecto a ser analisado são os efeitos da não observância de suas múltiplas etapas sobre o laudo arbitral. Quando uma parte inicia o procedimento arbitral descumprindo o procedimento de mediação prévia; haveria potencial nulidade do mesmo?

A resposta em muito se baseia nos efeitos atribuídos a tal descumprimento. Para aqueles que defendem que ocorre uma quebra de cláusula contratual, possuindo efeitos apenas materiais sobre a relação jurídica contratada, estaria equiparado tal descumprimento ao descumprimento de obrigação contratual, o qual poderia ser resolvido em perdas e danos, caso comprovados.

Já para os que defendem os efeitos processuais do referido descumprimento, a falta da mediação prévia soaria como uma verdadeira falta de condição da ação para a parte iniciar a arbitragem.[13]

Seria nulo então o laudo arbitral que não respeitou o procedimento prévio e obrigatório de mediação?[14] Ou seja, para esta corrente, adotada uma Cláusula Escalonada Med-Arb, a análise do mérito da controvérsia pelo árbitro estará condicionada à existência de uma tentativa prévia de mediação.

Esta controvérsia foi pacificada, mesmo que indiretamente, pela Lei de Mediação, a qual prevê, em seu art. 23[15] que:

O árbitro ou juiz suspenderá o curso da arbitragem ou ação caso as partes, em previsão contratual de cláusula de mediação, se comprometeram a não iniciar procedimento arbitral ou judicial até o implemento de determinada condição.[16]

A elaboração da Cláusula Med-Arb deve ser cuidadosa. Uma Cláusula Med-Arb bem redigida indicará expressamente em seu bojo, com maior precisão, se as partes devem ou não, obrigatoriamente, passar pela fase de mediação antes de um procedimento arbitral.[17] Ou seja, a redação construída em conjunto pelas partes adquire especial importância na medida em que pode evitar desnecessárias discussões acerca da própria validade da cláusula.

Outro questionamento doutrinário frequente refere-se ao caso de eventual pedido de tutela de urgência, requerida em caráter antecedente, ao poder Judiciário. Caso esta seja concedida, as partes estariam dispensadas da etapa prévia de mediação?

Outra vertente seria o conflito aparente existente entre o Artigo 22-A da Lei 9.307/96[18], incluído na Lei de Arbitragem pela recente reforma promovida pela Lei 13.129/15, e a Cláusula Med-Arb em caso de eventual pedido de tutela de urgência, requerida em caráter antecedente, ao Poder Judiciário, analisando a possibilidade do procedimento de mediação assegurar, ou não, os efeitos dessas tutelas requeridas antes do seu início, uma vez que a parte deve requerer a instauração da arbitragem no prazo de 30 dias, prazo este contado da data de efetivação da respectiva decisão, concedida em caráter antecedente, sob pena de cessar seus efeitos.[19]

Nesse caso, a parte beneficiária de uma decisão cautelar corre o risco de por um lado, perder a proteção que a decisão liminar lhe oferece, cessando a eficácia da medida, se não requerer, no prazo exíguo de 30 dias, a instituição do procedimento arbitral.

Por outro lado, ela está vinculada contratualmente à obrigação de, antes de formular o pedido de instituição de arbitragem, buscar a mediação do conflito e enfrentar o risco de não mais ter sua pretensão acautelada, caso a mediação não seja finalizada em menos de 30 dias.[20]

O problema começa a se delinear quando se percebe que, neste caso específico, o ordenamento jurídico brasileiro não adotou nenhuma norma expressa para salvaguardar o Sistema Multiportas para a resolução de controvérsias, uma vez que carecemos de uma

norma expressa que atribua ao pedido de instituição de mediação o poder de conservar os efeitos da tutela cautelar antecedente.

O já referido artigo 23 da Lei de Mediação ainda deixa margem para interpretação, pois, sua leitura, menos atenta, parece apontar para o fato de que o risco de perecimento do direito autorizaria a parte a pular a etapa de mediação e iniciar o procedimento arbitral diretamente.[21]

Uma aparente solução seria a construção de uma Cláusula Med-Arb na qual as partes estabeleçam que o procedimento de mediação deverá ter a duração máxima de 30 dias. No entanto, este prazo poderia se revelar insuficiente em disputas de maior complexidade.[22]

No entanto, ao nosso ver, carece de sentido a obrigação legal de iniciar a arbitragem em certo prazo, sob pena de perda de eficácia da decisão judicial. Qual é o sentido de impor à parte beneficiária de uma medida cautelar disposta a entrar em um processo de mediação a obrigação de ingressar com um procedimento adversarial arbitral quando o mútuo consenso poderia excluir a disputa do escrutínio arbitral?[23]

Em um caso concreto, utilizou-se o poder do juiz de dilatar os prazos processuais de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito[24] para se requerer a dilatação do prazo de 30 dias do art. 22-A da lei 9.307/96 por tempo suficiente para realizar-se a mediação sem a perda da medida cautelar. O fundamento foi o supracitado § 3º do art. 3º do CPC. Segundo o Desembargador relator:

Levando em consideração a notícia de interesse na mediação entre as partes, situação que deve ser estimulada pelo Poder Judiciário, e buscada com prioridade para a resolução de conflitos, deve primeiramente ser encerrada a fase de tentativa de composição entre as partes, para que, no caso de insucesso, seja iniciado o procedimento contencioso de arbitragem.

Ante o exposto, DETERMINO que a produção de efeitos da liminar anteriormente deferida se estenda pelo prazo de 3 (três) meses ou até que seja concluída a mediação, o que ocorrer primeiro. [25]

A outra possibilidade de solução, já foi anteriormente discutida neste artigo: seria a parte beneficiada pela decisão cautelar pedir, logo após a concessão da medida, a instauração do procedimento arbitral com a exclusiva finalidade de manter os efeitos da decisão judicial e, logo em seguida, requerer a suspensão do procedimento com o fim de, durante a suspensão, realizar o processo de mediação.[26]

CONCLUSÃO

A Cláusula Med-Arb traz as vantagens de, por meio de um único procedimento pré-estabelecido de forma gradativa, as partes conseguem dirimir o litígio sob confidencialidade, com custos reduzidos, maior celeridade e eficiência, além da legitimidade que permeará a decisão obtida ao final do procedimento.

No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro parece não apresentar soluções expressas para prevenir o conflito aparente de normas entre diversos diplomas legais que tangem indiretamente à Cláusula Med-Arb.

Para que se possa adequar a Cláusula Med-Arb ao Sistema Multiportas para a resolução de controvérsias, é preciso construções jurisprudenciais e a interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Tal margem de interpretação, até o momento, vem se mostrando satisfatória, embora ainda gere uma pequena insegurança jurídica até um pronunciamento decisivo da jurisprudência. No entanto, não se pode vislumbrar, até o presente momento, alguma desvantagem do mecanismo como um método de solução de controvérsias.

No entanto, para que a Cláusula Med-Arb alcance sua máxima efetividade prática, na ausência da norma, é necessário que os procedimentos e regras inseridos na referida cláusula estejam dispostos de forma clara e transparente, sem qualquer margem para divergências interpretativas. Caso contrário, corre-se o risco de se reduzir o escalonamento necessário entre mediação e arbitragem a uma mera questão protelatória que precisa ser superada pelas partes para alcançar o método realmente eficaz.

REFERÊNCIAS

BARRETT, Jerome T., *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement* (2004).

BERGER, Peter Klaus. *Law and Practice of Escalation Clauses*. *Arbitration International*, 22:1, 2006, p. 1-18.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*, 6ª Ed. São Paulo: Ed. RT. 2017.

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

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013

LEMES, Selma Ferreira. "Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem", in *Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG, e Direito Brasileiro* FINKELSTEIN, Cláudio, VITA, Jonathan B., CASADO FILHO, Napoleão. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.6/7

PAPPAS, Brian. "Med-Arb and the legalization of alternative dispute resolution", *Harvard Negotiation L. Rev*, 2015

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. HALE, Durval. CABRAL, Trícia. [organizadores]. O Marco Legal da Mediação no Brasil, São Paulo: Atlas, 2015

TELFORD, Megan Elizabeth. "Med-arb: a viable dispute resolution alternative. Current issues series", IRC Press, 2000

VASCONCELOS, Carlos de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas, 5ª. ed. São Paulo: Método, 2016

WEI MING, Tan. Arb-Med-Arb: The Future of Dispute Resolution, Disponível em: <http://simc.com.sg/arb-med-aeb-the-future-of-dispute-resolution/> Consultado em: 15/06/2019

Notas:

[1] Membro Efetivo da Comissão de Mediação e Arbitragem do Instituto dos Advogados Brasileiros. Presidente da Comissão de Energia, Petróleo, Gás, Infraestrutura e Mineração do Instituto dos Advogados Brasileiros. 2º Vice-Presidente da Comissão de Compliance e Governança do Instituto dos Advogados Brasileiros.

[2] Mestranda em Ciência da Sustentabilidade - PUC-Rio. Presidente da Comissão Temporária de Estudos sobre a agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável/ONU do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro Efetivo da Comissão de Filosofia do Direito do Instituto dos Advogados Brasileiros.

[3] A cláusula escalonada prevê a resolução, por diferentes meios, consensuais e adjudicatórios, de possíveis conflitos que possam surgir entre as partes, quanto a interpretação ou cumprimento do contrato, e distribuí-los em etapas de observância obrigatória (recurso a que se dá o nome de escalonamento). Garantindo-se deste modo que, caso surja um conflito, seja o mesmo submetido à mediação e, caso não se atinja o consenso, seja a controvérsia definitivamente decidida em procedimento de arbitragem, sem que precisem os contratantes buscar as vias ordinárias judiciais.

[4] As cláusulas escalonadas, dentre outras variações, são também denominadas de cláusulas multietapas (do inglês: multi-tiered step clauses).

[5] LEMES, Selma Ferreira. "Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem", in Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG, e Direito Brasileiro FINKELSTEIN, Cláudio, VITA, Jonathan B., CASADO FILHO, Napoleão. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.6/7.

[6] O incentivo à utilização das alternativas ao acionamento do Poder Judiciário pode ser observada nos EUA, ao menos, desde a década de 70. Embora especialistas, como Megan Elizabeth Telford, afirmem que os primeiros relatos de utilização, ainda incipiente, das metodologias alternativas de composição de conflitos remontem à década de 40 do Século

XX. (TELFORD, Megan Elizabeth. "Med-arb: a viable dispute resolution alternative. Current issues series", IRC Press, 2000)

[7]A arbitragem era utilizada no Brasil desde a época do Império. A Constituição de 1824 estabelecia que as partes podiam nomear árbitros para solucionar litígios cíveis e que suas decisões seriam executadas sem recurso, caso fosse assim convencionado. Apesar da existência de leis infraconstitucionais anteriores, como o decreto 737 de 1850 e os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, a arbitragem somente foi expressamente regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei 9.307/96.

[8] As cláusulas escalonadas comportam outras modalidades que não apenas a med-arb como, arb-med, con-arb, ou até mesmo, arb-con-med-con-arb

[9] Os chamados métodos de Alternative Dispute Resolution (ADRs)

[10]Do inglês "Multi-Door Courthouse Theory".

[11] Este conjunto de técnicas de solução extrajudicial de conflitos foi chamado, pelos norte-americanos, de Alternative Dispute Resolutions (ADRs).

[12]LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Cláusulas escalonadas. São Paulo: Saraiva, 2013.

[13]TJPR, Apl. Cível n. 1668801-0, Relator Des. Ramon de Medeiros Nogueira. Julgamento: 22/08/2017.

[14]Neste sentido: BORN, Gary B. International Commercial Arbitration. The Netherlands: Kluwer Arbitration, v. I. 2009.

[15]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.

[16]O art. 23 da Lei 13.140/2015 cria um curioso incidente: embora a cláusula compromissória seja ineficaz, a arbitragem inaugurada em desrespeito à cláusula de mediação prévia não será extinta, mas suspensa, até que se realize a tentativa de mediação.

[17]De toda forma, a recusa de uma das partes em comparecer para a mediação, depois de convidada, encerra essa fase, tendo em vista o caráter voluntário da mediação e a possibilidade sempre presente de qualquer das partes ou do mediador encerrar a mediação, em qualquer fase do procedimento.

[18] No campo da arbitragem, em razão da natureza precária da decisão concessiva da tutela provisória, o art. 22-A da Lei 9.307/96 limita no tempo a eficácia da tutela cautelar. A norma do art. 22-A não gera maiores problemas se as partes tiverem pactuado uma simples cláusula compromissória ou um compromisso arbitral. O problema surge quando as partes

decidem combinar diferentes meios de resolução de conflitos, a exemplo das cláusulas escalonadas med-arb, da qual este artigo se ocupa.

[19]A Lei de Mediação trata sobre a matéria em seu art. 23, porém ainda deixa margem para interpretação, pois, a partir de uma primeira leitura, parece que o risco de perecimento do direito poderia autorizar a parte a pular a etapa de mediação e iniciar o processo estatal ou procedimento arbitral, diretamente.

[20]A tutela cautelar antecedente tem eficácia condicionada ao exercício da pretensão acautelada, assim como o acesso à jurisdição arbitral, nas cláusulas escalonadas, é condicionado à tentativa de mediação.

[21] A limitação dos efeitos da decisão liminar, no tempo, só faz sentido se existir para incentivar o efetivo exercício da pretensão salvaguardada, de maneira que o mecanismo de veiculação do direito (Arbitragem ou Mediação) não deveria ser determinante para conservação da decisão provisória.

[22]Em relações contratuais nas quais as partes já se encontram em um nível elevado nível de animosidade, a obrigação de uma etapa prévia e compulsória de mediação pode servir nas mãos de uma parte mal intencionada, como uma forma de adiar resolução da disputa.

[23]Não raro a parte vinculada à uma cláusula med-arb opta por inaugurar a arbitragem logo após a concessão da medida cautelar, em desrespeito à etapa prévia de mediação consensualmente estabelecida pelos contratantes, o que nos remete de volta à discussão do ponto anterior deste Artigo.

[24] Com base no art. 139, VI, do CPC

[25]Esta solução foi alcançada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), em decisão monocrática proferida no julgamento do Agravo de instrumento nº 0701934-87.2017.8.07.0000, da Sexta Turma Cível, sendo o Relator o Des. Esdras Alves Almeida, Julgamento: 26.04.2017.

[26]Nas arbitragens administradas por uma instituição arbitral, esta medida pode parecer financeiramente pouco efetiva, em função do requisito de depósito prévio da taxa de administração da Câmara escolhida, a qual normalmente não é reembolsável.

Palavras Chaves

Cláusula med-arb – sistema multiportas - métodos de resolução de conflitos