

Importância, funcionalidades e relação das cláusulas escalonadas na mediação e arbitragem

Luciana Severo

Sócia proprietária da Acrópole Câmara Privada de Mediação e Conciliação (primeira câmara credenciada junto ao TJ do Rio Grande do Sul), Mediadora Judicial e privada, Especialista em Comunicação com o Mercado, Designer em Mediação Escolar, Pós Graduada em Técnicas de Negociação da Conciliação, Mediação e Arbitragem/UNIVALI/SC, mestranda em Solução de Conflitos/Ambra University.

Resumo: Trata-se de artigo científico, cujo objetivo é ressaltar a relevância e a funcionalidade das cláusulas escalonadas no ambiente da mediação e da arbitragem, onde o mediador, munido de técnicas e experiência, possibilita desonerar o trabalho do árbitro para que este trate somente das questões insolúveis do conflito. A mediação antecedente ao processo arbitral, oferece as partes o restabelecimento da comunicação, o protagonismo e a transformação do litígio. Nesse viés, o Tribunal Multiportas e as ADRs disponibilizam a prospectiva realidade que viabiliza acesso a população como direito fundamental para solução de controvérsias judiciais ou extrajudiciais. O artigo foi desenvolvido através de abordagem teórico-prática.

Palavras-chave: Cláusula escalonada. Mediação. Arbitragem. Transformação. Conflito.

Sumário: **1** Introdução – **2** O tribunal multiportas e suas estruturas – **3** Importância das ADRs (Alternative Dispute Resolution) – **4** Funcionalidade das cláusulas escalonadas – **5** Habilidades do mediador e sua importância para o árbitro como “peacemaker” – **6** Conclusão – Referências

1 Introdução

O Tribunal Multiportas oportuniza, à população em geral, a utilização dos meios adequados para a solução de conflitos extrajudiciais que disseminam a pacificação social e a cultura da paz. Negociações podem ser realizadas através de Conciliação, Mediação e Arbitragem, partindo da autonomia da vontade das partes. Esses métodos de resolução de controvérsias diferem principalmente pela atuação do mediador, como facilitador do diálogo em negociação autocompositiva, e do árbitro, pelo modelo heterocompositivo que julga a procedência do feito.

Nesse cenário, as ADRs (*Alternative Dispute Resolution*) distintas por técnicas próprias, tornaram-se atrativas devido ao baixo custo, reduzido tempo, e a confidencialidade, que protegem os interesses individuais das partes. Com postura prospectiva, oferecem ao cidadão o protagonismo, a transparência e a

responsabilização pela solução do seu problema. Ainda que as facilidades do acesso à justiça não sejam do conhecimento de grande parte população, as alternativas de resolução de disputas evoluem gradualmente pelos meios ODRs (*Online Dispute Resolution*), facilitando a desburocratização com a mesma celeridade dos métodos presenciais. As alternativas de solução de conflitos são indispensáveis para a pacificação social e robustecem a efetivação dos direitos individuais.

Precedente à arbitragem, a cláusula escalonada evidencia a negociação, conciliação e a mediação como mecanismos multietapas para a adequação da solução do conflito. A opção por uma cláusula escalonada converge ao propósito de solucionar desavenças através do diálogo, e sua utilização no processo arbitral envolve arranjos entre mecanismos consensuais e adjudicatórios.

Nesse contexto, a mediação contribui no processo arbitral, estreitando as relações facilitadas pelo mediador e atenuando as atribuições do árbitro. As combinações entre esses meios de resolução de conflitos, permitem extrapolar as técnicas do mediador e do árbitro e consolidar suas habilidades pacificadoras.

O objetivo geral do presente artigo consiste em abordar a importância e a funcionalidade das cláusulas escalonadas no ambiente da mediação e da arbitragem. Como relevante contribuição, os seguintes objetivos específicos: 1. Apresentar um breve panorama sobre o Tribunal Multiportas cotejando a mediação e arbitragem; 2. Examinar a importância das ADRs como postura prospectiva da realidade e a viabilidade de acesso como direito fundamental; 3. Discorrer sobre a funcionalidade das cláusulas escalonadas e sua efetivação; e 4. Associar a mediação e as habilidades do mediador na atuação do árbitro como *peacemaker*.

As fontes bibliográficas consultadas na produção do artigo foram literaturas técnicas específicas, artigos científicos, relatórios anuais, manuais sobre o tema, e legislação oficial de mediação e arbitragem. Com essa visão de natureza teórico-prática foi desenvolvida a abordagem sintética para melhor entendimento da presente temática.

Como desfecho, foram delineadas as cláusulas escalonadas como importante alternativa de solução de controvérsia que antecede a arbitragem, com empoderamento das partes como protagonistas do próprio conflito, considerando que as habilidades do mediador podem influenciar no sucesso do diálogo estabelecido no processo arbitral, no eventual acontecimento do mesmo.

2 O tribunal multiportas e suas estruturas

O Tribunal Multiportas¹ introduziu no Brasil uma forma inovadora de tornar a justiça mais abrangente, rápida e econômica, direcionando os processos para os métodos adequados de resolução de conflitos. O Código de Processo Civil propõe com isso, a judicialização do conflito como última opção, sugerindo aos profissionais de direito e a população em geral a busca de meios pacificadores na solução de divergências sem debruçarem-se no litígio. Mesmo antes da judicialização de uma causa é possível optar pelos métodos consensuais de resolução de controvérsias. Essa via de posicionamento é referendada pela política nacional de tratamento de conflitos articulada na disseminação da cultura de pacificação social e na forte conexão entre o Conselho Nacional de Justiça - CNJ e os tribunais.²

A escolha da melhor ferramenta, é então, fundamento do princípio da adequação, onde as partes elegem o melhor mecanismo que possa dar a resposta mais adequada para o conflito despontado entre eles (OLIVEIRA, 2003).

O sistema multiportas dispõe de efetivos mecanismos extrajudiciais de soluções de conflitos que já são praticados por empresas e pessoas físicas. Entre eles, a Mediação, a Conciliação e a Arbitragem destacam-se como modalidades autônomas e distintas que resultam em negociações a partir da autonomia da vontade das partes. A arbitragem diferencia-se da justiça comum por ser um processo privado, onde existe a presença de um árbitro que poderá emitir uma sentença, tornando o processo arbitral muito semelhante ao processo judicial. Os métodos sobreditos, são rápidos, confiáveis, legalizados,³ e contam com a imparcialidade do mediador, do conciliador e do árbitro.

No Brasil a utilização da mediação, conciliação e arbitragem aumenta consideravelmente desde a última década. Segundo o Relatório 2020 do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2019, 12,5% dos processos foram solucionados via conciliação e mediação. Desde que entrou em vigor em 2016 o novo Código de Processo Civil (CPC) tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, e em somente quatro anos o número de sentenças homologadas de acordo cresceu em 30,1%. No período de 2015 a 2019, as sentenças homologatórias de acordos firmados passaram de 2.987.623 para 3.887.226 casos.

Diante do cenário de crescimento e investimentos em diversos setores da economia nacional a arbitragem também tende a crescer. Setores como infraestrutura, construção, energia, e as relações societárias afetadas consequentemente

¹ O Tribunal Multiportas teve origem em 1976, na Paud Conferência, em St. Paul, Minnessota, pelo professor emérito da faculdade de Havard, Frank Sander.

² Artigos 2º e 3º da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça.

³ Lei da Mediação 13.140/2015 - Lei da Arbitragem 9.307/1996, atualizada pela Lei nº 13.129/15

pela COVID-19, seguramente prosseguirão utilizando a arbitragem como melhor método para a resolução de seus conflitos.

2.1 Mediação x conciliação

A mediação na resolução de conflitos proporciona às pessoas, que estão em situação de litígio, a oportunidade e o ambiente propícios para buscarem, com a ajuda de um terceiro imparcial o “mediador”, a uma solução que atenda de forma equilibrada aos envolvidos, sem a imprevisibilidade do andamento do processo, por vezes moroso, permitindo às partes o tempo mínimo necessário para a solução do problema. O objetivo é garantir, por meio do diálogo, a isonomia e a autonomia da vontade das partes e, através de uma visão prospectiva do conflito alcançar o êxito de uma negociação autocompositiva.

Por outra via, a conciliação apesar da similar imparcialidade, confidencialidade e intenção de auxiliar na composição da negociação no âmbito “ganha-ganha”, possibilita que uma terceira pessoa apresente ideias para a solução do conflito, ou seja, formula alternativas que possam servir de auxílio às partes, competência essa, que integra a atuação do conciliador. A conciliação por sua vez, é um método mais rápido, com interesse exclusivo no acordo.

A mediação e a conciliação facilmente se confundem, sendo consideradas como sinônimos, porém, existem limitações específicas na atuação de cada uma, como o relacionamento existente entre as partes. A importância em manter uma relação continuada é uma característica intrínseca da mediação. Fortalecer os vínculos relacionais em casos estremecidos pelo conflito é necessário para que haja o entendimento, o estímulo, e o cumprimento das combinações estabelecidas. O profissional mediador⁴ deverá ter formação específica e aprofundada para conduzir casos que ultrapassem as barreiras da simples negociação. A mediação familiar, por exemplo, exige do mediador peculiar estabilidade emocional, prerrogativa que pode ser perfeitamente dispensada na sessão de conciliação.

Como métodos alternativos de resolução de conflitos, a mediação e a conciliação expandem seus espaços junto aos tribunais, podendo serem solicitados por qualquer indivíduo, a qualquer momento, via judicial ou extrajudicialmente por meio dos CEJUSCs locais ou câmaras privadas. O acordo selado será homologado pelo magistrado da Vara competente ou do CEJUSC, oficializando uma sentença judicial.

⁴ O Mediador Judicial precisa ser capacitado e credenciado junto ao NUPEMEC, CEJUSC (TJ) e CNJ.

2.2 Arbitragem

A arbitragem é muito acolhida no meio empresarial, sendo a preferida no mundo dos grandes negócios. Normalmente as causas levadas a arbitragem são milionárias e correm fora do âmbito jurídico. Essa preferência decorre pela premissa da confidencialidade, da flexibilidade das regras na estrutura do procedimento, e da liberdade das partes na escolha do árbitro, que deverá ser profissional qualificado no assunto específico. Por imposição da lei⁵, são requisitos para instauração da arbitragem que as partes sejam capazes civilmente e que o objeto da controvérsia esteja vinculado ao direito patrimonial disponível.

Como método heterocompositivo de solução de conflitos, e de natureza jurisdicional, a arbitragem possui um ou mais árbitros, eleitos pelas partes por convenção de arbitragem, que julgam o conflito atribuindo uma sentença reconhecida como título executivo judicial amparado por lei. O árbitro, embora não sendo reconhecido como magistrado, atua como tal no autêntico exercício da jurisdição privada.

Segundo Pachikoski *et al.* (2015), a arbitragem quer pela celeridade, pela especialidade dos árbitros, pela confidencialidade, pela segurança ou ainda pela flexibilidade das provas encontrou respaldo e terreno fértil no ambiente de negócios do Brasil, com amplo apoio do Poder Judiciário, em especial do Superior Tribunal de Justiça, que solidificou esse instituto e deu segurança jurídica às partes que elegiam e elegem esse método de discussão de controvérsias.

3 Importância das ADRs (*Alternative Dispute Resolution*)

O ser humano, conflituoso em sua natureza, ao impulsionar a necessidade da criação de mecanismos de resolução de conflitos, diminui os índices mundiais de autodestruição social, e o Brasil, ainda que em passos lentos, se enquadra nesse *rol*.

Alternative Dispute Resolution (ADR) é uma expressão do sistema norte-americano, de onde provém as frequentes movimentações nas cortes dos Estados Unidos envolvendo resoluções de conflitos. Nos países latinos, emprega-se Resolução Alternativa de Disputas (RAD), embora que no Brasil, as expressões Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs) e Métodos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos ou Controvérsias (MESCs) sejam muito utilizadas.

Resumidamente, os métodos de resolução de conflitos são embasados em técnicas próprias que solucionam os variados tipos de demanda controversa. O restabelecimento da comunicação, por exemplo, é fundamental na construção de

⁵ Artigo 1º da Lei de Arbitragem.

relacionamentos interpessoais autênticos e de qualidade, por isso a condução de diálogos positivos e transformadores. Como já descrito, o conflito faz parte da natureza humana, o ser é sociável e precisa conviver com o outro para sua realização. Sendo o conflito privado ou coletivo, são protetivos e sempre serão presentes na vida em sociedade.

Com a finalidade de superar essas controvérsias, as ADRs se tornam atrativas por vários aspectos: a promessa de uma solução rápida e barata, o sigilo do problema exposto ou mesmo a preservação de uma marca de excelência, o equilíbrio, a segurança, a decisão tomada pelas partes, a homologação e o cumprimento do acordo como sentença, entre outros, como o próprio desafogamento⁶ do judiciário e a expansão do acesso à justiça.

Nesse aspecto, é importante considerar a aplicação das ADRs como postura prospectiva da realidade, oferecendo a sociedade o conhecimento dos seus direitos e desmistificando a justiça dos tribunais. Deve-se apontar os meios de solução de conflitos como alternativas extrajudiciais, mesmo que possam ocorrer também no poder judiciário.

Para melhor compreensão, os meios alternativos de solução de conflitos podem ser classificados em autocompositivos e heterocompositivos. Segundo Cahali (2014, p. 41):

Além da autotutela, existem meios heterocompositivos e autocompositivos de resolução de litígios. As principais formas heterocompositivas de solução de conflito são promovidas através do processo judicial, desenvolvido perante o Poder Judiciário, e pelos procedimentos de arbitragem. As principais formas autocompositivas de solução de conflito são a negociação, a conciliação e a mediação. Esse tema dos métodos alternativos integra aquilo que se designou de terceira onda renovatória do direito processo civil [...].

Desta forma, nas opções de soluções de controvérsias autocompositivas, mesmo com a participação de um terceiro imparcial, permite-se que o entendimento entre os envolvidos, sejam construídos por eles próprios. A vontade das partes é condição *sine que non* nos métodos autocompositivos como a negociação, a conciliação e a mediação. Em contraparte, a arbitragem é caracterizada pela heterocomposição da solução do conflito, onde a terceira pessoa, munida de poderes para tal, estabelece uma sentença que pode não ser plenamente satisfatória ao objetivo das partes.

⁶ Ocorre que com a crescente exasperação do número de lides, tornou-se impossível que o Estado apreciasse todos os conflitos de forma satisfatória. Diante desse imbróglio, surgiu a necessidade de adotar-se meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação, arbitragem e mediação, instrumentos comprovadamente eficazes na pacificação social. (Jus Brasil, 02/2018)

O acesso à justiça parece estar atrelado aos atributos indispensáveis ao ser humano: liberdade e dignidade. Os direitos fundamentais garantem a existência e a importância da dignidade humana, sendo o poder judiciário responsável pela efetivação da carta magna⁷ referente a tais direitos. Ainda que o Decreto 678/1992 discorra sobre a plena efetivação ao acesso à justiça a todos os cidadãos brasileiros, muitos a temem ou não conhecem os mecanismos jurisdicionais e extrajudiciais disponíveis que ela oferece.

A tradicional via judicial adotada massivamente pela sociedade em nosso país se revela dispendiosa, tanto para o Estado quanto para as partes, sendo o recurso econômico um dos entraves para grande parte da população em utilizar-se dos meios judiciais para a solução de seus problemas. Mauro Cappelletti reafirma o alto custo jurisdicional como grave dificuldade: “A resolução formal dos litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas.” Apesar da Lei 1.060/1950 de Assistência Jurídica aos necessitados, é difícil exercitar os devidos direitos por conta dos custos elevados de uma demanda judicial (recolhimento de verbas para ingresso da demanda, para interposição de recurso, honorários advocatícios, periciais, verbas decorrentes de sucumbência, despesas com publicação de edital, entre outros). Com isso, a função de realizar justiça para os cidadãos fica conseqüentemente prejudicada.

Se tratando das ADRs, existem distinções quanto aos entraves de acessibilidade. Os Tribunais de Justiça, com a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSCs, vêm abrindo portas para a resolução de conflitos visando minimizar os problemas sobreditos. Nas últimas décadas inúmeras câmaras de conciliação e mediação têm sido credenciadas, formalizadas como um braço do judiciário. Os custos são baixos e os métodos são eficazes, o impasse está na desinformação frente ao público. Isso significa, mais especificamente, que a população desconhece a viabilidade, a confiabilidade e facilidade do acesso aos meios de resolução de disputas.

O cenário atual e o desdobramento da pandemia, trouxeram em contrapartida, o contexto tecnológico. Os instrumentos das ADRs estão sob novas modalidades de operacionalização, as ODRs⁸ - *Online Dispute Resolution*, comportam técnicas variadas de solução de conflitos, facilitando a desburocratização, minimizando ainda mais os custos, mantendo a celeridade e a eficiência dos métodos tradicionais. Percebe-se que as plataformas eletrônicas, através das redes sociais, alavancaram consideravelmente o acesso ao judiciário pelo sistema *online*. O sintoma de mercado demonstra que o novo formato de atuação imposto pela

⁷ Art. 5º da Constituição Federal

⁸ ODR (*Online Dispute Resolution*) são os meios alternativos de resolução de conflitos, mas realizados em um ambiente totalmente digital. Tudo acontece sem a interferência da Justiça, mas o resultado, que se

COVID-19, movimentará positivamente os índices quantitativos para a efetividade das soluções de conflitos.

4 Funcionalidade das cláusulas escalonadas

As cláusulas escalonadas são referidas nos instrumentos contratuais, como meio de prever a conciliação ou a mediação antes da instauração do processo de arbitragem ou judicialização. Trata-se de uma modalidade da cláusula compromissória,⁹ um procedimento em etapas que harmoniza as ADRs com o objetivo de construir-se mecanismo adequado para a solução dos conflitos, respeitando as peculiaridades de cada um. Jolles (2006)¹⁰ expõe da seguinte forma:

Essas cláusulas normalmente fornecem certas etapas e esforços a serem tomados pelas partes antes do início da arbitragem. Essas etapas iniciais visam encontrar uma solução amistosa de disputas para evitar arbitragem ou litígio. Normalmente, os níveis iniciais de tais cláusulas preveem o dever de iniciar negociações, às vezes exigindo o atendimento da alta administração representante e/ou dever de participar de processos de conciliação ou mediação. O último nível de tais cláusulas prevê o processo adjudicatório (arbitragem), que ocorrerá apenas se os esforços realizados nas camadas iniciais falharem.¹¹ (JOLLES, 2006, p. 329)

A exemplo dos Estados Unidos da América, onde há uma forte cultura da utilização dos meios extrajudiciais antecedentes ao processo arbitral, as cláusulas escalonadas viabilizam soluções rápidas e amistosas sem o desgaste da relação existente. O propósito das cláusulas é fazer com que as partes solucionem o problema através do diálogo, evitando a espiral do conflito e quiçá evitar o processo de arbitragem.

dá na forma de um acordo, tem toda a segurança jurídica necessária. Ao invés das partes se encontrarem em um lugar físico para dirimir um conflito, elas podem se utilizar de tecnologia, que pode até mesmo ser um simples celular, para se reunirem em salas virtuais e resolverem um conflito de forma mais simples, rápida eficiente e econômica. Basta uma conexão de internet.

⁹ A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

¹⁰ "Such clauses typically provide for certain steps and efforts to be taken by the parties prior to commencing arbitration. These initial steps are aimed at finding an amicable settlement of disputes in order to avoid arbitration or litigation. Typically, the initial tiers of such clauses provide for a duty to enter into negotiations, sometimes requiring the attendance of top management representatives, and/or a duty to participate in conciliation or mediation processes. The last tier of such clauses provides for the adjudicatory process (arbitration), which is intended to be conducted only if the efforts taken in the initial tiers have failed." (JOLLES, 2006, p. 329).

¹¹ Tradução de Yuri Brizon Reis

Segundo a lei 9.307/1996, art. 21 §4º, “Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 da Lei”. Isso abre o precedente para que as disposições contratuais empresariais, ou pessoais, contemplem a cláusula escalonada como meio mais adequado para resolução das possíveis desavenças que estremeçam as relações ou coloquem em risco expressivos negócios.

Quando prevista no objeto da relação, a cláusula escalonada constitui o caminho para a negociação através da mediação ou conciliação antevendo a instauração da arbitragem. Também é possível a utilização da cláusula MED-ARB, ou a suspensão temporária do procedimento de arbitral (cláusula ARB-MED), caso que configura cláusula híbrida, pois essa, diferente da escalonada, estabelece a opção entre a mediação ou a arbitragem. De toda forma a mediação poderá ser mais eficiente ao caso. Nesse viés, mesmo havendo um processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, através de solicitação ao juiz ou árbitro, tornando o processo suspenso em tempo suficiente para a solução do litígio. Tal premissa se confirma com o art. 139, inciso V do CPC, que aborda sobre o juiz promover a autocomposição com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais a qualquer tempo do processo.

Para Fernanda Levy (2013 p. 210), a utilização conjunta dos métodos permite retirar de ambos o que mais se tem de vantajoso em cada um deles: de um lado, a mediação permite a criação de alternativas que estão fora do escopo de uma eventual sentença arbitral ou judicial, permitindo, além disso, que canais de comunicação sejam reestabelecidos e que novos horizontes comerciais possam surgir. De outro lado, a presença da arbitragem garante, em caso de ausência de acordo, que uma decisão mais célere e personalizada ao conflito seja tomada pelo árbitro.

Relações contratuais de temporalidade prolongada e com significativa complexidade, como franquias, representações comerciais, construção civil e infraestrutura, constituem-se do perfil da natureza adequados as cláusulas escalonadas, robustas e eficazes em buscar soluções entre diferenças que representam verdadeiros entraves que comprometem o empreendimento. Para que as finalidades das cláusulas escalonadas sejam cumpridas é preciso verificar a utilização das formas distintas de solução de conflitos na interferência dos interesses e objetivos das partes, e se esses métodos serão úteis na solução do conflito.

A inserção contratual da cláusula escalonada, evidencia a não exclusão de nenhum dos institutos, ambos devem ocorrer cumprindo a ordem, mediação seguida da arbitragem. A composição da cláusula que infere a forma eleita pelas partes, para a resolução do seu conflito, vai envolver a combinação de mecanismos consensuais oferecidos pela mediação, bem como os mecanismos

heterocompositivos aplicados pela arbitragem. Com atributos diversos e jurisdições distintas, ambas potencializam resultados apressurados em relação ao judiciário.

Sobre a obrigatoriedade ou não da mediação antecedente à arbitragem, confirma-se apenas quanto a sua determinação como ato prévio, mas não, como um empecilho para a realização do procedimento arbitral. Selma Ferreira Lemes entende que a determinação da cláusula refere que as partes procedam às tratativas negociais pacificamente sem cunho obrigatório:

Assim se verifica quando as partes estabelecem que surgida a controvérsia envidarão seus melhores esforços para solucionar a controvérsia amigavelmente e, não sendo possível, instituirão procedimento arbitral, regulando, em seguida, a arbitragem. A proposição de solução amigável, tal como acima mencionada, mesmo quando fixa prazo para que as partes tentem uma solução amigável, representa um procedimento informal de condução de uma simples negociação. Considerando-se verificada, sem maiores formalidades, com o início de trocas de correspondências, com atas de reuniões entabuladas para esse fim, inclusive envolvendo altos escalões da empresa, com o objetivo de alcançar solução para o dissenso. (LEMES, 2010 p.9)

Para a efetivação prática das cláusulas escalonadas é necessário o comprometimento das partes frente aos trâmites pré-arbitrais e a excelente redação dos arranjos que determinam o método e institui fases e prazos específicos, sem criar precedentes ao árbitro.

Tratando a arbitragem comumente de casos empresariais, cabe demonstrar que segundo o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), a natureza dos contratos provém: 51% compra e venda de ações/societário, 15% fornecimento de bens/prestação de serviços, 13% construção, 11% outros, 4% concessão, 4% imobiliários, 1% seguros e 1% financiamentos. Esse perfil de disputas envolveu R\$ 8,5 bilhões em 2019.¹² Ao passo que a mediação apresentou índices de 37,5% referentes a construção civil e energia, 50% contratos de cunho societário, e 12,5% outros. Tais índices referem a confiança do setor de negócios nas soluções alternativas de disputas, que dispõe das condições atrativas essenciais de adesão: a autonomia da vontade das partes, o tempo dispendido e a confidencialidade.

Para o acesso a sociedade quanto ao conhecimento, a utilização e a redação das cláusulas escalonadas, híbridas ou mistas, o Centro de Arbitragem

¹² Relatório Anual 2019, Fatos e Números do CAM-CCBC.

e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC),¹³ a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial - Brasil (CAMARB),¹⁴ a Câmara de Arbitragem, Mediação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP),¹⁵ entre outras, disponibilizam em seus sites modelos de cláusulas escalonadas e trâmites sequenciais que auxiliam na celebração dos contratos empresariais.

5 Habilidades do mediador e sua importância para o árbitro como “*peacemaker*”

Não há existência humana sem conflito. Embora seja o homem o condutor da comunicação que elucida os problemas gerados na convivência social, nem sempre consegue estabelecer um diálogo positivo e produtivo.

Como facilitador da comunicação, o grande trunfo do mediador é ser um pacificador de conflitos, aquele que estreita as controvérsias proporcionando um ambiente adequado para um entendimento entre partes em litígio. Deve ser criativo e manter o desejo de descobrir, explorar os fatos que podem ser vistos sob outro ângulo. Muito mais que isso, o mediador em atuação, deve despir-se de qualquer outra atividade que exerça para ser unicamente o profissional “mediador”.

O mediador judicial, por exigência legal (Art. 11LM) deve cumprir os requisitos básicos de ser pessoa capaz, graduado em qualquer área com pelo menos dois anos de curso superior em instituição reconhecida pelo MEC, e ser capacitado em escola de formação de mediadores, reconhecida pelos tribunais. Tal formação exige 40 horas aula com posterior 80h de supervisão vivenciada dentro do judiciário, sob a coordenação dos CEJUSCs, para obter a qualificação mínima. São exigências justas perante responsabilidade a ser exercida profissionalmente, porém ainda insuficiente para sua diferenciação nas habilidades e competências de mediador, eficácia que é adquirida com o amadurecimento prático.

A experiência do mediador é indispensável durante todo procedimento de mediação. Do estabelecimento do *Rapport*¹⁶ à redação do acordo, cada etapa extrai da vivência do profissional como mediador o *feeling* que lhe assegura o próximo passo. O Manual do Mediador do Conselho Nacional de Justiça - CNJ versa sobre

¹³ Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá - ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/modelos-de-clausula/ (acesso em 06/09/20)

¹⁴ Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil - <http://camarb.com.br/arbitragem/clausula-modelo-escalonada/> (acesso em 06/09/20)

¹⁵ Câmara de Arbitragem, Mediação das Indústrias do Paraná - <http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-arbitragem/clausula-compromissoria-1-20704-170516.shtml> (acesso em 06/09/20)

¹⁶ “*Rapport*” é uma palavra de origem francesa (*rapporter*), que significa “trazer de volta” ou “criar uma relação”. Em psicologia, representa um estilo de relacionamento próximo e harmonioso no qual indivíduos ou grupos estão em sintonia uns com os outros, entendem os sentimentos e ideias uns dos outros, e comunicam-se de maneira cordial. - Segundo o Manual de Mediação do CNJ, *Rapport* é o estabelecimento de uma relação de confiança.

a figura do mediador: É fundamental que o autocompositor, o responsável pelo bom andamento do processo, seja hábil a fim de se comunicar muito bem, sendo capaz de exprimir seus pensamentos de forma simples e clara, porém apurada, e de receber os pensamentos provenientes das partes, sabendo interpretá-los de acordo com a intenção de quem os exprimiuiu. Afinal, é com as informações que recebe das partes que o autocompositor poderá trabalhar a fim de trazer à tona as possíveis soluções do conflito. E, somente se o mediador comprovar que sabe ouvir e compreender as partes é que elas realmente prestarão as informações necessárias para que possa desenvolver o seu trabalho. (2016 p. 250)

O mediador ainda precisa seguir os princípios norteadores da mediação, utilizar inúmeras ferramentas provocadoras de mudanças, mas são suas habilidades que vão conduzir com sucesso, o ato de mediar. Existem orientações distintas que objetivam um padrão de aperfeiçoamento contínuo para a qualidade do trabalho exigido pelo judiciário, contudo, o aprofundamento técnico e o amadurecimento pessoal vão ao encontro do interesse e desempenho de cada um. Para isso, muitas são as áreas do conhecimento que expandem a capacitação do mediador como por exemplo: a psicologia cognitiva auxilia na harmonização das relações sociais a fim de ensinar a realização dos valores humanos evitando sacrifícios e desgaste; a Comunicação Não Violenta – CNV transforma o diálogo em mensagens positivas; a empatia envolve componentes da afetividade; o próprio desenvolvimento da inteligência emocional permite o equilíbrio das emoções. Para predicamentar o mediador, não há limite no conhecimento.

As funções específicas do mediador e do árbitro são distintas, embora fiéis aos mesmos princípios da confidencialidade e da autonomia da vontade. Ambos são protagonistas na aplicação das técnicas das diferentes modalidades de disputa, consoante o mediador detém habilidades que se enquadram no perfil do árbitro no que tange as diretrizes para a resolução pacífica de disputas e conflitos. O êxito dos mediadores na construção do entendimento entre as partes é valioso quando todos estão focados, pacientes e equilibrados em suas abordagens. Os acordos visam a paz e devem excluir a violência, oferecendo um meio de alcançar justiça, segurança e reconciliação.

O árbitro e o mediador, nas respectivas atribuições de julgar o feito e facilitar os bons ofícios e esforços do diálogo, têm a responsabilidade da escuta, do respeito e confiança, da administração dos ânimos, de examinar os fatos, e de abordar com imparcialidade as questões. Todavia, as habilidades do mediador podem ser relevantes para as abordagens do árbitro como *peacemaker*.¹⁷ Ser um

¹⁷ Pacificador. O *UN Peacemaker* é uma ferramenta online de apoio à mediação para profissionais de pacificação. É parte do esforço geral da ONU para fornecer aconselhamento e apoio ao Secretário-Geral e seus Representantes em seus esforços para resolver disputas internacionais e conflitos internos.

“agente da paz” carece de um constante treinamento do desenvolvimento das habilidades socioemocionais para lidar com os conflitos de forma não violenta. A capacidade do mediador em desconstruir padrões destrutivos e transformá-los, equipando sua caixa de ferramentas, fortalece os subsídios para tornar-se flexível.

De acordo com a Lei de Arbitragem, o árbitro é um juiz de fato e de direito no que trata à condução do procedimento arbitral. Ele deve ter conhecimento sobre a questão em litígio, devendo atuar com independência e imparcialidade, sendo o objetivo inicial o de alcançar a conciliação entre as partes. Mesmo que não haja uma formação específica exigida, o perfil de árbitro se origina da carreira jurídica e com conhecimento sobre tal. Uma vez que profissionais de diferentes áreas podem dispor-se à função, e que a atuação de juiz é temporária, cabe ser considerada a possibilidade do desapego da rigidez provinda da figura do magistrado, somando outras aptidões pertinentes para desempenhar uma sentença justa e amigável. Importante refletir que as habilidades do mediador são eficazes para o desenvolvimento da autorresponsabilização que desperta o termômetro do quão construtiva é sua ação para a sociedade, que se enquadra também para o árbitro.

Embora a experiência vivenciada entre as partes em uma mediação não alcance o acordo, os procedimentos de mediação costumam possibilitar transformações proveitosas no tratamento com o conflito, objetivando à posterior adjudicação. Mediadores e árbitros nas funções que exercem, direta ou indiretamente, estão investidos no papel de pacificadores, podendo ir além da mera tecnicidade vinda dos métodos e teorias. Essas atividades permitem visualizar o próprio trabalho como um ato sociológico em constante movimento e transformação.

6 Conclusão

A relação estabelecida entre as cláusulas escalonadas e os distintos meios de soluções de conflitos como a mediação e a arbitragem, vincula a aplicação das técnicas e experiências, com a importante tarefa de promover o diálogo positivo, também, consequentes no processo arbitral. A mediação desonera a arbitragem, deixando para os árbitros somente os problemas insolúveis. Procedente então, que tais métodos sejam chamados “adequados” e não mais “alternativos”, pois conjuntamente representam um sistema de justiça multiportas, que contempla soluções consensuais obtidas de forma amigável ou adjudicadas, mediante decisão de terceiro, que podem atuar como um *peacemaker*.

Também se destina a ser útil para os parceiros da ONU ativamente engajados nos esforços de pacificação, incluindo Estados-Membros, organizações regionais, sociedade civil, organizações não governamentais e mediadores nacionais.

Nesse contexto, as cláusulas escalonadas adotadas como disposições modernas e inteligentes, elucidam o caminho da comunicação previamente ao julgamento de um terceiro. A mediação, especificamente, mostra-se mais aderente às expectativas das partes em temporalidade, custo e eficiência. Com efeito, é indispensável contar com a experiência e as habilidades do mediador na atuação da transformação da espiral do conflito e no empoderamento das emoções e sentimentos dos envolvidos, proporcionando-lhes o equilíbrio que viabiliza o entendimento. Importa dizer, que tais técnicas consolidam nas partes a importância da comunicação como composição positiva do diálogo, ainda que em posterior procedimento arbitral.

Os estágios distintos previstos pelas cláusulas escalonadas nos contratos empresariais, cenário mais vigente, permitem demonstrar sua efetividade pelas vias econômica, jurídica e sociológica. Nessa ótica, percebe-se que os métodos de solução de conflitos mantêm a eficiência econômico-financeira do contrato e a solução célere e pacífica da controvérsia. Ambos os métodos, autocompositivos que buscam a solução amistosa do litígio, e os heterocompositivos que resolvem a controvérsia de modo final e vinculante, compõem o procedimento escalonado de forma a impedirem que pequenos litígios saiam do controle, num primeiro momento, ou resolvam a lide de forma adjudicatória, produzindo uma decisão.

Por derradeiro, a abordagem discorrida revela o espectro da importância e funcionalidade trazidas pelo dispositivo das cláusulas escalonadas nas relações de mediação e arbitragem, quando contratualmente previstas, bem como as respectivas aplicações perante a solução de conflitos. O resultado efetivo das ADRs é demonstrado pelo quantitativo crescente divulgado oficialmente pelos órgãos do Estado. Considerando, que sobretudo ainda é incipiente pela sociedade a divulgação e o conhecimento desses dispositivos (ADRs), não há dúvida que em horizonte de médio prazo a sociedade adotará como medida massiva para abreviar a solução de conflitos, em detrimento à tradicional via de judicialização.

Importance, Features and Relationship of Multi-Tier Clauses in Mediation and Arbitration

Abstract: The paper's purpose, through a theoretical-practical approach, is to highlight the relevance and functionality of the multi-tier clauses in the mediation and arbitration environment, where the mediator, equipped with techniques and experience, makes it possible to relieve the arbitrator's work so that it deals only with insoluble issues. The mediation before the arbitration proceedings offers the parties the reestablishment of communication and, therefore, the protagonism and the transformation of the dispute. Thus, the Multi-Door Courthouse System and the ADR types provide the prospective reality that enables access to the population as a fundamental right to resolve judicial or extrajudicial disputes.

Keywords: Multi-tier clauses. Mediation. Arbitration. Transformation. Dispute.

Referências

- ARRUDA, Daniel Pérciles, VIDAL, Ricardo Flores. Lugar de escuta: uma proposta metodológica para a mediação de conflito. *Revista Ciências Jurídicas e Sociais - UNG-SER*. 2020, v. 10, n1, p 35-46.
- AMARAL, Paulo Muanis. Contratos civis brasileiros e negócio jurídico processual na pandemia. *Revista Eletrônica Sapere Aude*. São Paulo, 2020 n. único, p. 83-102.
- BRASIL. *Justiça em números 2020*. Conselho Nacional de Justiça.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: Resolução CNJ 125/2010*. Ed. 4 rev. Atual e Ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris Editor, 1988.
- CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO - CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL CANADÁ. *Relatório anual 2019. Fatos e números do CAMCCBC*.
- Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá* - ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/modelos-de-clausul. Acesso 06/09/2020.
- Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial - Brasil* - <http://camarb.com.br/arbitragem/clausula-modelo-escalonada>. Acesso 06/09/2020.
- Câmara de Arbitragem, Mediação das Indústrias do Paraná* - <http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-arbitragem/clausula-compromissoria-1-20704-170516.shtml>. Acesso 06/09/2020.
- FERREIRA, Daniel Brantes. *As cláusulas multietapas e híbridas de solução de conflitos como solução para tempos de incertezas*. Algumas experiências do direito comparado. 2020.
- GABBAY, Daniela Monteiro; MAZZONETTO, Nathalia; KOBAYASHI, Patrícia Shiguemi. *Desafios e Cuidados na Redação das Cláusulas de Arbitragem*. In: Fabrício Bertini Pasquot Polido; Maristela Basso. (Org.). *Arbitragem Comercial: Princípios, Instituições e Procedimentos, a Prática no CAM-CCBC*. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, v. 1, Cap 4.
- HADERSPOCK, Brian. Reflexiones en torno a las clausulas escalonadas. *Revista ADR News* (Acuerdo Justo). Año 1. n1.
- JOLLES, Alexander. *Consequences of multi-tier arbitration clauses issues of enforcement*. 72 Arbitration. London, 4. 2006.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. *Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem*. Artigo publicado no livro *Arbitragem Internacional*, UNIDROIT, CISG, Direito Brasileiro. São Paulo. 2010.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. *Ensaio e Pareceres*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. RDCC Vol. 7 Abr./Jun. 2016.
- LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas. A mediação comercial no contexto da arbitragem*. Ed.1 São Paulo. Saraiva, 2013. ISBN 8502205269.
- MACIEL, José Antônio, SANTOS, Samuel Duarte. *Tribunal multiportas: tratando os conflitos adequadamente através dos métodos consensuais por meio dos centros judiciais*. Biblioteca Digital do TJMG. 2020
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo ao processo civil*. Ed. 2 São Paulo. Saraiva, 2003.
- OKIMOTO, Pedro Ribeiro. *Os efeitos jurídicos da utilização das cláusulas escalonadas de Med-Arb*. Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2019.

PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues *et al.* *Reforma da lei de arbitragem*. Comentários ao texto completo. OAB Comissão de mediação e Arbitragem. 2015, pg.6.

PADILHA, Fernanda. A mediação extrajudicial como método de solução de conflitos. *Revista Eletrônica OAB - Joinvile SC*. 2020, ano 6 p. 147.

RODOVALHO, Thiago. *Aspectos básicos da arbitragem*. Instituto de Direito Contemporâneo. 2017.

SALES, Carlos Alberto, LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes, SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*. Curso de métodos adequados de soluções de conflitos. Florense. 2020.

SANTOS, Daniele Cristina Palma, MIMÃO, Álvaro Osório do Valle. Direitos Fundamentais: Suas dimensões. *Revista Processus - Multidisciplinarietà*. 2020. Ano 1, v. 1 - Jan/Jun.

REIS, Yuri Brizon. A obrigatoriedade da cláusula escalonada Med-Arb. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5, 2019 n. 3

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

SEVERO, Luciana. Importância, funcionalidades e relação das cláusulas escalonadas na mediação e arbitragem. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 02, n. 04, p. 67-82, jul./dez. 2020.
