



**GRUPO DE ESTUDOS DE
MEDIAÇÃO EMPRESARIAL PRIVADA DO COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM
GEMEP/CBAR**

**PRINCIPAIS ASPECTOS RELACIONADOS À CHAMADA CLÁUSULA ESCALONADA
TAMBÉM CONHECIDA POR CLÁUSULA MED-ARB,
NO QUE TOCA O MECANISMO DA MEDIAÇÃO**

COORDENAÇÃO
Ana Luiza Isoldiⁱ

RELATORIA
Lia Justiniano dos Santosⁱⁱ
(responsável do subgrupo)
Nathalia Mazzonettoⁱⁱⁱ

EQUIPE¹
Ana Paula Cabral Barbosa Andrade^{iv}
Alexandre Palermo Simões^v
Beatriz Rosa
Felipe Kachan
Marcello Vieira Machado Rodante^{vi}
Sandra Bayer^{vii}
Veronica Beer

São Paulo, outubro de 2012.

1. Noções Introdutórias

As cláusulas denominadas cláusulas escalonadas, também conhecidas por *cláusulas med-arb*, são aquelas que preveem a solução do conflito, inicialmente, por mecanismo autocompositivo, qual seja a mediação e, não chegando as partes à solução por consenso, optam por submeter a solução da controvérsia a um terceiro, o árbitro, que decidirá o caso em definitivo, substituindo-as.

A utilização dessa forma conjugada de uso da mediação e da arbitragem tende a se ampliar, já existindo previsão de cláusula *med-arb* prevendo a utilização da mediação, durante o curso da arbitragem e não mais apenas previamente à arbitragem.

Tais cláusulas são comumente previstas em relações contratuais, notadamente aquelas que se prolongam no tempo, na medida em que as partes prosseguem, via de regra, nas suas tratativas negociais, a despeito da eventual existência de um impasse. Busca-se com elas uma solução consensual, negociada a fim de não criar desgastes e obstáculos a vínculos que tendem a se manter.

¹ Integrantes do Grupo de Estudos de Mediação Empresarial Privada do Comitê Brasileiro de Arbitragem - GEMEP.



**GRUPO DE ESTUDOS DE
MEDIÇÃO EMPRESARIAL PRIVADA DO COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM
GEMEP/CBAR**

As soluções consensuais, que são alcançadas por mediação, vêm sendo, mais e mais, utilizadas para a resolução de conflitos na área empresarial.

Para todas as questões arbitráveis, tem lugar, se houver interesse dos envolvidos, a mediação, que apresenta, inclusive, um perfil mais amplo de aplicação, na medida em que pode ser utilizada para solução de conflitos envolvendo matérias de conteúdo indisponível.

2. Vantagens e desvantagens da precedência de um mecanismo consensual para a solução de conflitos

Dentre outras, destacam-se as seguintes vantagens:

- Prestigia-se a vontade das partes em detrimento da definição da solução por um terceiro, alheio e estranho a elas, assim como distante da problemática que a ele é levada;
- Tempo despendido;
- Manutenção de um clima favorável à continuação dos negócios e das tratativas contratuais;
- Tende a atender de forma mais global às expectativas e necessidades das partes, já que são elas as protagonistas da solução;
- Preservação de uma maior informalidade entre os envolvidos. Os prazos são negociáveis;
- Possibilita o reconhecimento do outro, de seus interesses e necessidades. Possibilita soluções mais criativas, desenvolvidas e empreendidas pelas próprias partes, o que gera maior grau de aceitação, implementação e cumprimento voluntário, afastando a chamada “litigiosidade contida”. Possibilita a transformação e redimensionamento do conflito;
- Uma solução mais célere um custo financeiro significativamente menor; dentre outras.

Acenando para possíveis desvantagens, facilmente contornáveis como abordaremos na sequência:

- Pode representar um obstáculo à ida das partes para uma resolução heterocompositiva (imposta por um terceiro que determina decisão definitiva);
- A depender da sua redação pode dar causa a medidas e expedientes protelatórios pela(s) parte(s) que a usa em seu benefício (*venire contra factum proprium*).



**GRUPO DE ESTUDOS DE
MEDIÇÃO EMPRESARIAL PRIVADA DO COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM
GEMEP/CBAR**

Na realidade, o que se verifica não é, técnica e necessariamente, a desvantagem do mecanismo como um método de solução de controvérsia, mas sim a exploração de suas potencialidades de modo equivocado, sobretudo em momento prévio, na concepção e *design* contratual da sua forma de operacionalização.

3. Natureza jurídica

O que representa uma cláusula escalonada num determinado contrato?

Discute-se muito a respeito de sua natureza. Seria uma condição de procedibilidade para a instauração do subsequente procedimento arbitral? Ou possuiria meros efeitos contratuais, dando ensejo tão-somente à reparação por perdas e danos?

Inevitável reconhecer os efeitos processuais dessa convenção, impedindo que o(s) árbitro(s) ou Judiciário conheça do conflito se não observadas as regras nela previstas, dentre elas a realização de processo autocompositivo (mediação).

Em relação ao Judiciário, os efeitos processuais dessa cláusula de forma a impedir o conhecimento do conflito decorrem da conjugação dos institutos, ou seja, a previsão da resolução do conflito através da mediação e da arbitragem, uma vez que a opção pela arbitragem exclui o Judiciário. Uma cláusula prevendo a mediação prévia conjugada com o julgamento pelo Judiciário não tem a mesma força e efeito. O Judiciário não fica impedido de conhecer e julgar o litígio.

Os termos em que foi redigida a cláusula Med-Arb indicarão com maior precisão se as partes previram ou não a obrigatoriedade da fase de mediação. 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.

4. Cuidados na redação de uma cláusula escalonada

O que tem se verificado na prática, é que nem sempre a cláusula Med-Arb é devidamente aplicada. Disso resulta que a fase destinada à mediação acaba não sendo bem aproveitada. E mais, pode gerar dificuldades ou polêmicas que são transferidas para a arbitragem e utilizadas como estratégia adversarial. A cláusula, nestes casos,



**GRUPO DE ESTUDOS DE
MEDIAÇÃO EMPRESARIAL PRIVADA DO COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM
GEMEP/CBAR**

tem se apresentado como se fosse uma mera formalidade a obstar a instauração da arbitragem e como pré-condição para a regularidade desse procedimento.

A elaboração da cláusula Med-Arb deve ser cuidadosa. No que toca à arbitragem, deve apresentar os requisitos legais para a convenção arbitral; já no que toca à solução consensual, a cláusula Med-Arb deve conter também os elementos necessários para a instauração e realização da Mediação.

Alguns aspectos que merecem ser considerados na sua redação para que produza resultados positivos:

- Fixação de um limite temporal para as soluções negociadas (procedimento de mediação);
- Eleição de um regulamento a disciplinar o procedimento de mediação e, se o caso, a instituição a administrá-lo;
- Regras para o processo de escolha do terceiro imparcial que atuará como mediador – inclusive qualidades especiais a depender da natureza do conflito;
- Envolvimento do advogado na preparação do contrato e da cláusula. Aspectos positivos em futuro processo de mediação – contribuição cooperativa;
- Papel do advogado – novo perfil. Sua participação desde o início da mediação, antes mesmo dela na confecção da cláusula, o faz *parte* de todo o processo, lhe transmite atribuições diversas da que está acostumado. Isso tem importante função de transmitir-lhe segurança e confiança;
- Disciplina acerca do início do processo de mediação (ex. haverá convite? Formalidades a serem atendidas? Etc.)²;
- Previsão das consequências resultantes da não localização ou do não comparecimento de qualquer das partes convidadas para o início da mediação. O que tais eventos poderiam ocasionar deve ser previsto, a fim de que a mediação não se torne um obstáculo e isso gere reflexos negativos no uso e imagem do instituto;
- Disciplina da forma de repartição e responsabilidade pelo pagamento dos custos e despesas do procedimento de mediação;

² Discute-se muito se a fase de mediação pode ser ultrapassada com a simples manifestação em contrário das partes em conflito ou se deve abranger efetivamente o início do procedimento com o convite das partes, os mediandos, a escolha do mediador e a realização do procedimento que se inicia normalmente com uma reunião/sessão conjunta de abertura, entre mediandos e mediador, na qual este se apresenta, explica sobre o procedimento da mediação, ouve dos mediandos qual a questão que querem submeter à mediação e em conjunto decidem sobre a continuidade do procedimento ou o seu encerramento.

A fase da mediação não deve constituir um obstáculo à resolução do conflito, tampouco resultar no acirramento deste, mas deve ser bem utilizada pelas partes. Para tanto, é importante que seja dado início ao procedimento com o convite das partes, escolha do mediador e com a abertura do procedimento de mediação. Se uma das partes se negar a atender o convite, não será possível iniciar o procedimento da mediação, ficando, nessa hipótese, ultrapassada a fase da mediação.



**GRUPO DE ESTUDOS DE
MEDIAÇÃO EMPRESARIAL PRIVADA DO COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM
GEMEP/CBAR**

- Dentre outros.

5. Cláusulas escalonadas-tipo (estrutura central)

Pesquisando as principais instituições, podemos destacar os seguintes textos:

CAM – CCBC³

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

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

CCI⁴

“Cláusulas padrão e sugestões.

.....

Obrigações de submeter o conflito à ADR, seguida de arbitragem de acordo com o Regulamento da CCI.

“No caso de qualquer conflito oriundo do presente contrato ou com ele relacionado, as partes acordam submeter a questão a processo de solução amigável consoante o Regulamento ADR da CCI. Se o conflito não tiver sido solucionado segundo o referido Regulamento, no prazo de 45 dias após o requerimento de ADR ter sido protocolado ou dentro de outro prazo que venha a ser convencionado pelas partes, por escrito, o conflito será solucionado definitivamente através de arbitragem, em conformidade com o Regulamento de Arbitragem da CCI, por um ou mais árbitros indicados de acordo o referido Regulamento de Arbitragem.”

.....

³ Regimento de Mediação do Centro de Arbitragem e Mediação CAM-CCBC aprovado em 10 de abril de 2012.

⁴ Regulamentos de Arbitragem e de ADR da Câmara de Comercio Internacional (ICC).



**GRUPO DE ESTUDOS DE
MEDIÇÃO EMPRESARIAL PRIVADA DO COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM
GEMEP/CBAR**

“As partes são livres para adaptar a cláusula escolhida de acordo com as circunstâncias particulares. Por exemplo, ao preverem arbitragem, as partes podem querer estipular o número de árbitros, uma vez que o Regulamento de Arbitragem contém uma presunção em favor de um árbitro único. As partes podem também querer estipular o idioma e a sede da arbitragem, e a lei aplicável ao mérito do litígio. Ao preverem ADR, as partes podem querer especificar o procedimento amigável a ser utilizado uma vez que, na ausência de tal especificação, a mediação, que é o procedimento padrão, será utilizada.”

LCIA⁵

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

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

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

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

In any arbitration commenced pursuant to this clause,

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

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

OMPI⁶

Mediação

“Qualquer disputa, controvérsia ou demanda originada de ou relativa a este contrato e a quaisquer de suas alterações subseqüentes, incluindo, sem limitação, sua formação, validade, eficácia, interpretação, execução, descumprimento ou extinção, bem como demandas extracontratuais, serão submetidas à mediação de acordo com o Regulamento de Mediação da OMPI. A mediação terá lugar [especificar local]. O idioma a ser utilizado na mediação será [especificar idioma].”

Mediação seguida, na ausência de acordo, por arbitragem [acelerada]

⁵ Disponível em: http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Mediation_Clauses.aspx, acesso em 11.10.2012.

⁶ Disponível em: <http://www.wipo.int/amc/pt/clauses/index.html>, acesso em 05.10.2012.



**GRUPO DE ESTUDOS DE
MEDIAÇÃO EMPRESARIAL PRIVADA DO COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM
GEMEP/CBAR**

"Qualquer disputa, controvérsia ou demanda originada de ou relativa a este contrato e a quaisquer de suas alterações subseqüentes, incluindo, sem limitação, sua formação, validade, eficácia, interpretação, execução, descumprimento ou extinção, bem como demandas extracontratuais serão submetidas à mediação de acordo com o Regulamento de Mediação da OMPI. A mediação terá lugar [especificar local]. O idioma a ser utilizado na mediação será [especificar idioma].

Se a disputa, controvérsia ou demanda não tiver sido solucionada em virtude da mediação, ou na medida em que esta não tenha sido solucionada dentro de um prazo de [60][90] dias contados do começo da mediação, esta será, mediante a apresentação de um Requerimento de Arbitragem por uma das partes, submetida à, e decidida em caráter final por, arbitragem de acordo com o Regulamento de Arbitragem [Acelerada] da OMPI. Não obstante, se antes da expiração do referido prazo de [60][90] dias, qualquer uma das partes se abster de participar ou de continuar a participar na mediação, a disputa, controvérsia ou demanda será, mediante a apresentação de um Requerimento de Arbitragem pela outra parte, submetida à, e decidida em caráter final por,, arbitragem de acordo com o Regulamento de Arbitragem [Acelerada] da OMPI. [O tribunal arbitral será composto por [um único árbitro] [três árbitros].] A arbitragem terá lugar [especificar local]. O idioma a ser utilizado no procedimento arbitral será [especificar idioma]. A disputa, controvérsia ou demanda submetida à arbitragem será decidida de acordo com a lei do [especificar jurisdição]." (*O Regulamento de Arbitragem [Acelerada] da OMPI determina que o tribunal arbitral deve ser constituído por um único árbitro.)*

Mediação seguida, na ausência de acordo, por Decisão de experto

"Qualquer disputa ou desacordo originado de ou relativo a este contrato e a quaisquer de suas alterações subseqüentes, incluindo, sem limitação, sua formação, validade, eficácia, interpretação, execução, descumprimento ou extinção, bem como demandas extracontratuais, serão submetidas à mediação de acordo com o Regulamento de Mediação da OMPI. A mediação terá lugar [especificar local]. O idioma que será utilizado na mediação será [especificar idioma].

Se a disputa, controvérsia ou demanda não tiver sido, seja completamente ou em parte, solucionada em virtude da mediação dentro de [60][90] dias desde o começo da mesma, no momento da apresentação do Requerimento de Decisão de experto pela outra parte será submetida à decisão de experto realizada de acordo com o Regulamento de Decisão de experto da OMPI. Todavia, se antes do término do referido prazo de [60][90] dias, qualquer uma das partes se abster de participar ou de continuar a participar na mediação, a disputa ou desacordo será, mediante



**GRUPO DE ESTUDOS DE
MEDIÇÃO EMPRESARIAL PRIVADA DO COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM
GEMEP/CBAR**

apresentação de um Requerimento de Decisão de experto pela outra parte, submetida à decisão de experto realizada de acordo com o Regulamento de Decisão de experto da OMPI. A decisão de experto [não] será vinculativa para as partes. O idioma utilizado no processo de decisão de experto será [especificar idioma]."

ICDR⁷

Cláusula de Mediação – Arbitragem

"Havendo qualquer disputa oriunda ou relacionada ao presente contrato inclusive quanto à sua inexecução, as partes concordam, em primeiro lugar, em tentar resolver a disputa por mediação administrada pelo Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR), de acordo com o seu Regulamento de Mediação. Se nenhum acordo for alcançado dentro de 60 dias após a intimação de um requerimento escrito de mediação, qualquer disputa oriunda ou relacionada ao presente contrato será decidida por arbitragem, em conformidade com o Regulamento de Arbitragem Internacional do Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR)."

As partes poderão complementar:

- *"O número de árbitros será (um ou três)"*
- *"O local da arbitragem será [cidade, (estado ou província), país]"*
- *"O(s) idioma(s) da arbitragem será(ão) ____"*

Modelo de cláusula de Arbitragem – Mediação concomitante.

A instituição esclarece que, em determinados casos, na hipótese de as partes não quererem se obrigar a mediar seus conflitos como uma **condição precedente** para o requerimento de arbitragem, em vista da possibilidade de *disclosure* de aspectos negociais e estratégicos de cada um dos *players*, sem, contudo, renunciar à tentativa de composição amigável e se valer de um processo de mediação, apresenta a possibilidade de um procedimento *concomitante* de mediação e arbitragem.

A previsão de disposição contratual em tal sentido obrigaria as partes a mediar, mas apenas após o início da arbitragem, quando os *players* estariam presumivelmente mais informados tanto sobre as questões em disputa, quanto a respeito de suas respectivas necessidades e interesses.

7

Disponível

em:

http://www.adr.org/aaa/faces/aoe/icdr?_afLoop=677636551716001&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#%40%3F_afWindowId%3Dnull%26_afLoop%3D677636551716001%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dvxzy9idg3_54, acesso em 05.10.2012.



**GRUPO DE ESTUDOS DE
MEDIÇÃO EMPRESARIAL PRIVADA DO COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM
GEMEP/CBAR**

Para tais situações, recomenda-se cláusula contratual com a seguinte redação:

“Qualquer disputa oriunda ou relacionada ao presente contrato, inclusive quanto à sua inexecução, interpretação, validade ou extinção, será resolvida por arbitragem submetida ao Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR), em conformidade com seu Regulamento de Arbitragem Internacional. Uma vez iniciada a arbitragem, as partes concordam em tentar solucionar qualquer disputa oriunda ou relacionada ao presente contrato por mediação submetida ao Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR), de acordo com o seu Regulamento Internacional de Mediação. A mediação será conduzida concomitantemente à arbitragem e não será uma condição precedente para qualquer estágio do procedimento arbitral.”

As partes poderão complementar:

- *“O número de árbitros será (um ou três)”*
- *“O número de mediadores será (um ou dois)”*
- *“O local da arbitragem será [cidade, (estado ou província), país]”*
- *“O local da mediação será [cidade, (estado ou província), país]”*
- *“O(s) idioma(s) da arbitragem será(ão) ___”*
- *“O(s) idioma(s) da mediação será (ão) ser ___”*

Modelo de cláusula de mediação autônoma

Sem prejuízo do acima, as partes também podem adotar a mediação como um procedimento autônomo de solução de disputas. No caso de a mediação não resultar em acordo, as partes poderão concordar em utilizar outro procedimento de resolução de disputas ou seguir a regra geral e se valer dos tribunais judiciais nacionais⁸ para a resolução de seus conflitos.

A cláusula modelo do ICDR de mediação autônoma é a seguinte:

“Havendo qualquer disputa oriunda ou relacionada ao presente contrato, inclusive quanto à sua inexecução, as partes concordam, em primeiro lugar, em tentar resolver a disputa por mediação submetida ao Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR), de acordo com o seu Regulamento de Mediação, antes de se valer de arbitragem, do Poder Judiciário, ou de outro procedimento de resolução de disputas.”

As partes poderão complementar:

⁸ Há que se recordar aqui que a mediação pode se desenvolver sob o manto do Poder Judiciário, mas não apenas neste contexto. É possível que as partes recorram à mediação privada, que se desenvolve em centros especializados no assunto, com profissionais altamente qualificados para atuar na condução do processo. A exemplo, citemos o Centro de Mediação da Câmara de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá, dentre tantas outras referidas ao longo do texto.



**GRUPO DE ESTUDOS DE
MEDIAÇÃO EMPRESARIAL PRIVADA DO COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM
GEMEP/CBAR**

- “O número de mediadores será (um ou três)”
- “O local da mediação será [cidade (estado ou província) e país]”
- “O(s) idioma(s) da mediação será(ão) ____”

6. Realidade que vem sendo verificada: cláusulas escalonadas que não vêm sendo aplicadas. Como efetivar a aplicação das cláusulas quanto à realização da mediação?

O grupo discutiu o importante papel de uma pré-mediação para identificar o real interesse e vontade das partes, assim como a compreensão/o conhecimento das partes acerca do instituto.

Isso poderia ter o efeito positivo de afastar os paradigmas negativos dos casos mal sucedidos, que acabam sendo levados a litígio, transmitindo a falsa idéia de que as cláusulas escalonadas são “problemas”.

A pré-mediação que ora se sugere teria, sobretudo, uma função educativa e pedagógica, não apenas para as partes, mas para todos os *players* envolvidos.

Há que se transmitir aos envolvidos o verdadeiro objetivo do processo de mediação, esclarecendo-se que o “simples sentar para uma discussão do caso que envolve as partes” não significa, por si só, reconhecimento de direito. De qualquer modo, nada obsta que seja previsto contratualmente o afastamento de qualquer dúvida nesse sentido.

7. Pontos polêmicos e sensíveis

a) Cumulação das atribuições de mediador e árbitro

Questão igualmente importante, a merecer discussão, diz respeito à possibilidade de serem cumuladas na mesma pessoa, as funções de mediador e de árbitro. Essa tendência é minoritária, prevalecendo o entendimento que não admite essa cumulação. Inúmeras razões fundamentam a necessidade de separar as funções que devem ser exercidas por pessoas distintas, em particular o fato de cada um dos terceiros atuar com lógicas diversas. Vejamos: o árbitro, no desempenho de sua função, busca aquele a quem deverá atribuir razão no percurso de um procedimento, ao passo que o mediador apresenta uma atuação multiparcial, ou seja, não buscará a razão em discussão, mas sim acolher todos os envolvidos.



**GRUPO DE ESTUDOS DE
MEDIAÇÃO EMPRESARIAL PRIVADA DO COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM
GEMEP/CBAR**

Essa diferenciação tem, ainda, conforme discutido pelo grupo, importante papel de resguardar a figura do terceiro, tanto do ponto de vista ética, quanto do ponto de vista dos efeitos práticos de uma decisão arbitral (ex. grandes riscos de invalidação de um provimento proferido por aquele que foi, no mesmo caso, mediador e árbitro).

Mediação e arbitragem são institutos diversos, com métodos e técnicas próprias, informados por paradigmas igualmente diversos. O que teriam em comum é o objetivo, resolver o conflito. Essa percepção deve ser levada em consideração para se pensar na possibilidade ou não da cumulação dos papéis de árbitro e mediador.

Enfocar a mediação e a figura do mediador ajuda a entender o posicionamento favorável à não cumulação numa mesma pessoa, das figuras do árbitro e do mediador.

A resolução dos conflitos depende da forma como nos comunicamos na situação de conflito. A comunicação é a ponte entre duas ou mais pessoas através da qual se conhecem, se aproximam ou se distanciam, criam e resolvem seus conflitos.

O mediador é essencialmente um especialista em comunicação. É um agente externo ao conflito que acelera o processo de sua resolução, sem participar diretamente da decisão do conflito. O mediador aproxima as partes em conflito. Cabe a estas, os mediandos, exercer o seu poder de decisão e encontrar a melhor resolução para esse conflito. Cabe ao mediador a condução do procedimento de mediação. A simbologia do jardineiro bem esclarece. A função do jardineiro é cuidar da árvore, regar, cortar seus galhos, adubar, enfim propiciar as condições para que essa árvore produza seus frutos.

Desde o início de seu trabalho, o mediador deve criar um ambiente de confiança, equilíbrio e colaboração entre todos, mediandos e mediador. As ferramentas da mediação tem esse objetivo essencial, propiciar às partes em conflito, um espaço que possibilite o fluir da comunicação e da informação para que reformulem sua história a partir dos interesses comuns e diferentes para construir um acordo participativo. A mediação é um processo colaborativo e cooperativo.

8. Considerações Finais

De tudo o que foi trazido neste breve estudo, pode-se concluir que:

- i.* É conveniente que cláusulas escalonadas em contratos empresariais tenham a forma de escolha do mediador, trazendo parâmetros mínimos para essa escolha;



**GRUPO DE ESTUDOS DE
MEDIAÇÃO EMPRESARIAL PRIVADA DO COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM
GEMEP/CBAR**

ii. A inexistência de previsão de instituição a administrar a mediação ou de regras procedimentais mínimas pode gerar dificuldades equivalentes a uma arbitragem *ad hoc* – maior insegurança das partes e dificuldades de formar um vínculo entre as partes para o andamento do processo. A mediação acaba por se tornar um obstáculo à solução do conflito, na medida em que nem mesmo o consenso para se dar o primeiro passo no processo é possível. O obstáculo não é em virtude do mecanismo, mas sim da forma de previsão dele, nem sempre técnica e de modo adequado.

Outro ponto que também deve ser considerado e foi bastante invocado ao longo da discussão do grupo diz respeito à necessária informação e compreensão que o advogado que assessorará seu cliente, na condução da solução de um conflito, deverá ter sobre mediação. Além disso, cabe ao advogado auxiliar o seu cliente na escolha do mediador com formação e preparo específico e competência.

Como se pensar num mediador *multipartial*? Em mediação empresarial pareceu ao grupo o caso de se pensar, na grande parte das vezes, em co-mediação. Isso asseguraria legitimidade aos terceiros, que são voluntariamente escolhidos pelas partes, sentindo-se estas participantes no processo.

Em síntese, há que se ter presente que o sucesso de um processo de mediação depende também e, sobretudo, dos cuidados e da adequada redação da chamada cláusula *med-arb*.

ⁱ **Ana Luiza Isoldi**, mediadora, consultora em gestão de conflito e em governança familiar, advogada, sócia da Defamília – estratégias para famílias empresárias; mestre em Direito do Estado; mestranda em Mediação, especialista em Direito Público, em Métodos de Soluções Alternativas de Conflitos Humanos e em Dinâmica de Grupo; mediadora da Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras – CAE e da Câmara de Mediação e Arbitragem da FIESP; mediadora e membro do Comitê de Controvérsias sobre Registro de Domínio da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CCBC; Diretora de Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA; Coordenadora do Grupo de Estudos de Mediação Empresarial Privada do CBAr.

ⁱⁱ **Lia Justiniano dos Santos**, advogada. Mediadora. Conselheira da Associação dos Advogados de S. Paulo entre 1994 e 2002. Conselheira da OAB/SP – Secção de São Paulo entre 2001 e 2003. Sócia de Lia Justiniano & Nascimento Sociedade de Advogados. Presidente do COM-CONIMA - Comissão de Mediadores do CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. Membro da Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito da Construção – IBDiC. Membro do Grupo de Estudo de Mediação Empresarial do CBAr.

ⁱⁱⁱ **Nathalia Mazzonetto**, bacharel em Direito pela PUC/SP. Especialização em Direito Processual Civil e Arbitragem pela *Università degli Studi di Milano* (Itália) e em Direito da Propriedade Intelectual pela GVLaw/SP. Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP), com o fomento e apoio da Fundação de Amparo e Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Membro colaborador da Comissão de Direitos Imateriais da OAB/SP.



**GRUPO DE ESTUDOS DE
MEDIAÇÃO EMPRESARIAL PRIVADA DO COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM
GEMEP/CBAR**

Associada do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr. Advogada e sócia de Moro Müller Mazzonetto Advogados. Mediadora.

^{iv} **Ana Paula Cabral Barbosa Andrade**, bacharel em direito pela Universidade de Rio Verde, FESURV. Especialista em arbitragem, mediação, negociação e conciliação pela Unianhangüera (Goiânia). Especialista em direito e processo tributário pela PUC-Goiás, e em processo civil pelo CESUT/Jataí-GO. Sócia do escritório Barbosa e Andrade Advogados S/S. Associada do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), advogada, arbitralista e professora em cursos de especialização *lato sensu*.

^v **Alexandre Palermo Simões**, advogado em São Paulo; Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Especialista em Direito Comercial pela mesma faculdade; sócio fundador e responsável pelas área de Direito Empresarial, Direito Desportivo, Arbitragem, Mediação, Negociação e ADRs de Ragazzo, Simões, Spinelli e Lazzareschi Advogado; mediador certificado junto ao CCCM-CONIMA, capacitado pelo Instituto Defamilia (de São Paulo) e pela Mediaras (de Buenos Aires); árbitro na lista da CAE (Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras); membro da comissão de Estudos sobre Mediação do CAM-CCBC (Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá) e membro do CBAr.

^{vi} **Marcello Vieira Machado Rodante**, advogado. Sócio de Rodante & Scharlack Advogados. Pós-Graduado em Direito Processual Civil e Extensão em Fusões e Aquisições pelo Instituto Internacional de Ciências Social. Especialista em Arbitragem pela Fundação Getulio Vargas e Extensão em Arbitragem Comercial Internacional pela Washington College of Law. Especialista em negociação, arbitragem e contencioso judicial. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem.

^{vii} **Sandra Bayer**, advogada e mediadora, bacharel e mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP, mestre em Direito Romano pela Universidade de Roma II - "Tor Vergata". Professora universitária de Soluções Alternativas de Conflito no Centro Universitário FMU e de Direito Civil na Uninove. Sócia do Instituto D'Accord de Mediação de Conflitos e do escritório Bayer, Grosman e Levy, de Advocacia Colaborativa.