



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

CLÁUSULA ARBITRAL ESCALONADA

COORDENAÇÃO
Ana Luiza Isoldi

RESPONSÁVEIS PELO SUBGRUPO
Lia Justiniano dos Santos
Nathalia Mazzonetto

AUTORIA
Marcello Vieira Machado Rodante¹
Integrante do Grupo de Estudos de
Mediação Empresarial Privada do
Comitê Brasileiro de Arbitragem

São Paulo, outubro de 2012

Após negociar as condições de um contrato, e quando perto de sua conclusão, as partes se vêem diante da necessidade de eleição do meio pelo qual eventual controvérsia será resolvida. Habitualmente trata-se da última cláusula a ser discutida no contrato, o que a torna muitas vezes negligenciada.

De todo modo, as partes podem decidir pela utilização do processo judicial comum, instituindo a conhecida cláusula de foro, ou podem escolher a arbitragem, redigindo, então, uma cláusula arbitral.

Ao redigir a cláusula arbitral, as partes podem eleger, em resumo, a lei aplicável à controvérsia, o idioma, a sede, a quantidade de árbitros e o Centro que será responsável pela administração da disputa.

E, nesse sentido, as partes também podem estabelecer um procedimento prévio à instauração do próprio processo arbitral, o qual terá a finalidade precípua – mas não a única – de identificar e atender interesses, na medida do possível, de modo a tentar evitar a

¹ 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.



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

necessidade de incursão em maiores gastos, desgastes e incertezas, situações típicas de uma contenda, e, assim, possibilitando o controle de riscos.

Daí a denominação *cláusula arbitral escalonada* (ou seja, faz-se um escalonamento, organiza-se uma seqüência de condutas prévias ao início da demanda propriamente dita).

Observe-se que as palavras utilizadas na redação de tal cláusula serão de tal importância que irão definir a intenção das partes, especialmente no sentido de tornar tal prévio procedimento obrigatório ou facultativo.

A título de esclarecimento, no primeiro caso estará escrito que *as partes deverão* (obrigatoriamente) *se submeter ao procedimento...* e, no segundo, que *as partes podem* (opcionalmente) *se submeter ao procedimento...*

Naturalmente que quanto mais clara e evidente ficar a intenção das partes, melhor; menos dúvidas serão criadas.

Ademais, é fundamental compreender a diferença entre ambas as situações, as quais possuem implicações e conseqüências bem distintas.

Se as partes ajustarem que a submissão ao procedimento prévio se faz obrigatório, como conseqüência natural deverá ser bloqueado – guardadas pequeníssimas exceções – o pedido de instauração da arbitragem (antes de percorrida aquela situação).

Por outro lado, se as partes redigirem uma cláusula indicando se tratar de uma simples opção, as portas do processo arbitral não estarão fechadas e poderão ser ultrapassadas desde logo.

Registre-se, porém, que a inserção de uma cláusula escalonada não vinculativa acaba, na prática, sendo rapidamente ignorada após o surgimento do conflito, especialmente quando os ânimos se acirram e a vontade de litigar toma corpo. Daí porque se mostra muito mais efetiva a cláusula escalonada obrigatória.

Cabe esclarecer, por outro lado, que o procedimento prévio pode consistir em uma negociação entre as partes ou em um típico procedimento de mediação empresarial.

A diferença será essencialmente a seguinte: na negociação as próprias partes, com auxílio de seus advogados, irão conduzir as conversas e as reuniões; na mediação, por sua vez, todo o trabalho será conduzido por um ou dois mediadores, o(s) qual(is) atuará(ao) como agente(s) facilitador(es) e direcionador(es) das conversas e entendimentos. É importante ficar claro



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

que o(s) mediador(es) não terá(ão) o papel de julgar a causa, nem tampouco de impor uma composição às partes.

Ainda é importante frisar que a utilização da mediação acarretará custos, que devem ser conhecidos de antemão. Atualmente os Centros de Mediação especializados possuem regulamentos próprios e listas contendo o nome de mediadores experientes e renomados. Tal trabalho é remunerado muitas vezes à base horária. Estima-se a utilização entre 10 e 30 horas em um procedimento de mediação.

Mas, registre-se, mesmo nos casos em que a mediação restar infrutífera (no sentido de não ser alcançado qualquer acordo) irão desabrochar prováveis vantagens para as partes e seus advogados.

Isso porque, mesmo sem composição, o conflito acabará melhor compreendido em toda a sua extensão. Muitas vezes, em um conflito arbitral ou mesmo judicial, as verdadeiras razões que causam a desinteligência entre as partes somente ficam claras após a apresentação dos pedidos e defesas, quando muita energia e dinheiro já foram consumidos. Muitas vezes impera-se a cultura da beligerância, da estratégia por detrás dos bastidores, da carta escondida na manga e utilizada no momento processual oportuno. Tudo isso até pode ser muito útil na condução de um litígio marcado pela combatividade, mas pode ser pouco vantajoso para a solução empresarial e econômica de muitos problemas.

O fato é que um bom e principalmente bem direcionado diálogo, que desarma as partes, pode (frise-se, pode) resolver muitas discussões contratuais, salvar tempo e dinheiro.

A cláusula arbitral escalonada obrigatória também não deve ser vista com ressalva por, em tese, impedir ou retardar o início de qualquer procedimento litigioso. Primeiro porque é recomendada a fixação de um prazo máximo, findo o qual as partes se vêem livres para promover as medidas que entenderem necessárias. Normalmente limita-se o prazo em 30 dias, sendo somente prorrogado por vontade das partes. Ademais, caso haja real necessidade na obtenção de uma medida cautelar, o Judiciário poderá ser acionado, e, como sabido, antes mesmo de constituído o painel arbitral.

O grande ponto é que as partes terão ajustada a obrigação contratual de iniciar um procedimento prévio à instauração demanda e tal situação poderá solucionar a disputa.

E, se o conflito não for solucionado pela mediação, seguramente as arestas do conflito restarão melhor aparadas e o foco do verdadeiro e intransponível impasse estará provavelmente mais delimitado, de forma que, quando iniciado o procedimento arbitral, com a nomeação de árbitros – que não serão os mediadores até então atuantes –, esses



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

serão incumbidos de decidir o caso, substituindo a vontade das partes e impondo uma final decisão.