

# AS CLÁUSULAS MULTI-ETAPAS E HÍBRIDAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO SOLUÇÃO PARA TEMPOS DE INCERTEZAS: ALGUMAS EXPERIÊNCIAS DO DIREITO COMPARADO

## THE MULTI-TIERED AND HYBRID CLAUSES OF CONFLICT RESOLUTION AS A SOLUTION TO TIMES OF UNCERTAINTY: SOME EXPERIENCES OF COMPARATIVE LAW

Daniel Brantes Ferreira<sup>1</sup>  
Cristiane Junqueira Giovannini<sup>2</sup>

**RESUMO:** O artigo possui como objetivo geral analisar a aplicação e utilização das cláusulas híbridas e escalonadas no Brasil e no mundo. Portanto, trata-se de um recorte metodológico temático com análise do tema sob um viés prático e teórico. Sendo assim, dissertamos sobre a utilização das cláusulas híbridas no Brasil e sobre modalidades híbridas e escalonadas em instituições de arbitragem e mediação internacionais de países como Singapura (SIAC-SIMC), Estados Unidos (AAA e AAA-ICDR) e Suécia (SCC). Além disso, tratamos também da utilização das cláusulas híbridas na legislação australiana. Portanto, o artigo estabelece um estudo de direito comparado sobre a temática eleita através de um viés crítico. Finalmente demonstraremos a importância da adoção desta modalidade de cláusula de solução de conflitos em tempos de incertezas e pandemia.

**Palavras-chaves:** arbitragem; cláusulas escalonadas; cláusulas híbridas; mediação; soluções alternativas de disputa.

**ABSTRACT:** The article's general objective is to analyze the application and use of hybrid and multi-tiered clauses in Brazil and worldwide. Therefore, it is a thematic, methodological approach with an analysis of the theme from a practical and theoretical perspective. Consequently, we write about the use of hybrid clauses in Brazil and mixed and multi-step clauses in international arbitration and mediation institutions in countries such as Singapore (SIAC-SIMC), the United States (AAA and AAA-ICDR), and Sweden (SCC). Besides, we also deal with the use of these clauses in Australian legislation. In short, the article establishes a study of comparative law through a critical bias. Finally, we will demonstrate the importance of adopting this type of conflict resolution clause in times of uncertainty and pandemic.

**Keywords:** alternative dispute resolution; arbitration; hybrid clauses; mediation; multi-tiered clauses.

---

1 Pós-Doutor em Direito Processual Civil pela UERJ. Doutor em Direito pela PUC-Rio. Vice-Presidente de Assuntos Acadêmicos do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Editor-Chefe da Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution (RBADR). Professor de Direito da UCAM, EMERJ e AMBRA University. Pesquisador do The Baldy Center for Law & Social Policy (University at Buffalo Law School). Advogado e árbitro.

2 Doutora em Administração de Empresas pela PUC-Rio. Pesquisadora Associada do Núcleo de Pesquisa em Negócios Internacionais (NUPIN). Consultora em Marketing Digital e Estratégia de Marketing.

## 1 INTRODUÇÃO

As partes dentro do sistema multiportas podem optar por distintos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Tais mecanismos são compostos por variadas modalidades autônomas tais como negociação, mediação, *early neutral evaluation*, *mini-trial*, e como último recurso a forma heterônoma de solução de conflitos que é a arbitragem. Nesta o árbitro, um terceiro imparcial e independente, prolata uma sentença que em regra é final e vinculante.

A arbitragem nasce do exercício da autonomia (assim como as outras formas alternativas de solução de conflito) da vontade das partes que optam por inserir uma convenção arbitral (cláusula compromissória) em seu contrato. Por sua vez, uma cláusula contratual de solução de disputas que prevê a utilização de vários mecanismos distintos é denominada de cláusula escalonada ou cláusula multi-etapas (*multi-tiered* ou *multi-step dispute resolution clause*). Já uma cláusula de solução de disputas híbrida prescreve apenas uma etapa prévia (em regra a mediação) à instauração da arbitragem (por exemplo, a cláusula med-arb).

No entanto, a flexibilidade extraída da autonomia da vontade das partes e a busca das instituições de soluções de disputas para oferecerem serviços que se adequem cada vez mais aos complexos conflitos e a partes cada vez mais exigentes (e muitas vezes múltiplas partes em um mesmo procedimento) tem acarretado no surgimento de novas modalidades de solução de conflitos principalmente na seara internacional.

Além disso, em tempos de grave crise econômica causada pela COVID-19 a solução célere dos conflitos tornou-se essencial. As partes aprenderam que as formas autônomas de solução de conflitos, tais como negociação e mediação, podem dar uma resposta mais imediata e necessária em tempos incertos. Portanto, quem possuía cláusulas híbridas ou escalonadas em seus contratos sem dúvida fez bom uso da negociação ou mediação. Em suma, a sociedade se conscientiza cada vez mais da importância da mediação.

O artigo possui como objetivo geral analisar a aplicação e utilização das cláusulas híbridas e escalonadas no Brasil e no mundo. Além disso, temos os seguintes objetivos específicos: 1. Demonstrar as melhores práticas na elaboração de cláusulas de solução de disputas; 2. Analisar o status da utilização das cláusulas híbridas no Brasil; 3. Analisar duas modalidades de solução de conflitos utilizadas na arbitragem e mediação internacional pelo *Singapore International Arbitration Centre (SIAC)* conjuntamente com o *Singapore International Mediation Centre (SIMC)*<sup>3</sup> e pela *American Arbitration Association (AAA)* e, principalmente, de seu braço internacional a *American Arbitration Association – International Centre for Dispute Resolution (AAA-ICDR)*. 4. Analisar as experiências da Austrália e do Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo (*SCC - Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*).

Utilizamos no artigo apenas fontes de consulta primárias e uma abordagem teórico-prática uma vez que consultamos artigos científicos, manuais sobre a temática e regulamentos de arbitragem e mediação de instituições nacionais e internacionais.

Em suma, como hipótese tratamos de observar experiências internacionais relevantes na utilização das cláusulas híbridas ou escalonadas para concluirmos sobre suas funcionalidades. Portanto, o trabalho possui um viés de direito comparado. O recorte metodológico, por sua vez, quedou-se na análise das cláusulas de solução de conflitos híbridas e escalonadas no Brasil e nos países mencionados.

---

<sup>3</sup> O SIAC/SIMC tem aplicado a modalidade denominada ARB-MED-ARB (AMA Protocol) e a AAA-ICDR tem aplicado a mediação concorrente, e não prévia, com a arbitragem. O AMA Protocol pode ser baixado no próprio site da SIMC. Vide: <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

## 2 MELHORES PRÁTICAS NA ELABORAÇÃO DE CLÁUSULAS DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS

A convenção de arbitragem, que possui como requisito essencial a forma escrita, é gênero que se subdivide em duas espécies (art. 3º da Lei 9.307/96): cláusula compromissória (art. 4º da Lei 9.307/96) e compromisso arbitral. A cláusula compromissória é estabelecida em contrato com a finalidade de selecionar a modalidade de solução de uma disputa futura e incerta (ou seja, a disputa ainda não surgiu). O compromisso arbitral (art. 9º da Lei 9.307/96) somente será necessário caso as partes não tendo estipulado uma cláusula compromissória em contrato optem, após a deflagração do conflito, pela via arbitral (podendo também optarem por uma modalidade escalonada ou híbrida tal como a neg-med-arb ou med-arb). O compromisso arbitral também possui a função de complementação ou esclarecimento de uma cláusula compromissória em branco (que não estipula principalmente a forma de nomeação do árbitro ou tribunal arbitral) ou patológica (defeituosa) podendo ser judicial (art. 6º e 7º da Lei 9.30-7/96) ou extrajudicial.

A cláusula compromissória, nos termos do art. 8º da Lei de Arbitragem, é autônoma<sup>4</sup> em relação ao contrato subjacente (trata-se da doutrina da separabilidade).<sup>5</sup> Ou seja, o contrato poderá ser nulo ou anulável que a via escolhida para solução da disputa continuará prevalecendo.

Uma convenção de arbitragem mal elaborada pode ter consequências financeiras graves e pode acarretar dispêndio de tempo valioso.

Por sua vez, uma cláusula compromissória bem elaborada deve possuir as seguintes características: 1. Possuir clareza quanto a solução de disputa escolhida; 2. Especificar o local da arbitragem; 3. Especificar a lei aplicável; 4. Versar sobre a qualificação exigida dos árbitros e sobre a forma de nomeação; 5. Especificar a língua que será utilizada no procedimento arbitral; 6. Afirmar se haverá confidencialidade e, em caso afirmativo, se esta será integral ou parcial; 7. Especificar o escopo de competência dos árbitros, ou seja, que questões deverão ser decididas na arbitragem. São as chamadas *carve-out clauses* onde as partes decidem encaminhar certos tipos de disputa ao Judiciário e outras disputas ao tribunal arbitral limitando assim a competência dos árbitros na convenção arbitral.<sup>6</sup>

As partes sempre poderão fazer a escolha mais segura que é optar pelas cláusulas compromissórias modelo (padrão) de provedores de arbitragem conceituados nacionais e internacionais. Todos possuem modelos de cláusulas compromissórias suscintos que fazem remissão às suas próprias regras procedimentais.<sup>7</sup> No entanto, cabe às partes, ou ao menos

4 O tema já foi analisado pelo STJ, vejamos: Sob o aspecto formal, a única exigência tecida pela lei de regência para o estabelecimento da convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória - em não se tratando de contrato de adesão -, é que esta se dê por escrito, seja no bojo do próprio instrumento contratual, seja em documento apartado. O art. 4º da Lei n. 9.307/96 não especifica qual seria este documento idôneo a veicular a convenção de arbitragem, não se afigurando possível ao intérprete restringir o meio eleito pelas partes, inclusive, v.g., o meio epistolar. Evidenciada a natureza contratual da cláusula compromissória (autônoma em relação ao contrato subjacente), afigura-se indispensável que as partes contratantes, com ela, consentam. (STJ, REsp 1569422/RJ, Terceira Turma, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, DJe 20.05.2016).

5 A Corte de Cassação francesa afirmou a doutrina da separabilidade pela primeira vez em 1963 ao afirmar, no caso conhecido como Gosset, que em matéria de arbitragem internacional o compromisso arbitral firmado em apartado ou inserido em contrato a que se refere gozará sempre de completa autonomia jurídica, exceto em circunstâncias que possam afetar sua própria validade. (Cour de Cassation, Primeira Câmara Civil, 7 de maio de 1963, Publicação nº 246, Caso Gosset). De acordo com esse princípio da *autonomie juridique* ou de *rattachement* sustentado pelas cortes francesas a validade da cláusula compromissória é independente de qualquer lei nacional e baseia-se em regras internacionais independentes substantivas e materiais. Ou seja, fazem uma interpretação bem extensiva para a autonomia da cláusula compromissória.

6 As partes podem também fazer uso das *Carve-out Clauses* onde há uma grande diversidade de tipos de disputas oriundas de um mesmo contrato. Tal cláusula terá a função de separar uma disputa do procedimento de resolução de disputas principal lidando com esta de forma diferenciada e individualizada. A forma mais comum de cláusula *carve-out* (que significa esculpir) é a cláusula de determinação de perito (*Expert determination*). Na *expert determination* as partes nomeiam perito para decidir sobre questões previamente definidas. A decisão do expert não é executável tal como a sentença arbitral, no entanto, geralmente gera obrigação contratual entre as partes que deverão cumpri-la.

7 Vide, por exemplo, a cláusula padrão de arbitragem da CCI (Câmara de Comércio Internacional): Todos os litígios oriundos do presente contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados nos termos desse Regulamento. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

ao representante legal delas, conhecer o regulamento de arbitragem e de outras formas de solução de conflitos para assim fazer uma escolha informada do provedor de ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Uma escolha equivocada pode aumentar consideravelmente o custo do procedimento. Mesmo fazendo uso de uma cláusula padrão as partes são livres para adaptá-la levando em conta as particularidades do conflito.<sup>8</sup>

Ao pactuarem uma cláusula de solução de disputas híbrida ou escalonada as partes devem ser ainda mais cautelosas. Uma cláusula escalonada típica requer que as partes realizem, de forma prévia à arbitragem, discussões amigáveis (negociação), seguida de uma mediação ou outra modalidade de ADR e, por último, culminando na arbitragem.

Como principais vantagens da utilização das cláusulas escalonadas temos, por exemplo: 1. Menor custo e maior celeridade do que recorrer diretamente a um procedimento arbitral; 2. A possibilidade de solução de conflito através de mecanismos autônomos (mecanismos não adversariais). 3. O formato de solução de conflitos por camadas ou etapas pode prover uma etapa que seja mais adequada para solução de conflitos complexos; 4. A mediação, etapa prévia da arbitragem, também é confidencial e geralmente realizada por profissional distinto do árbitro, ou seja, as informações ali reveladas não serão de conhecimento do árbitro caso as partes não alcancem um acordo; 5. As várias etapas possibilitam as partes refletirem sobre os fatos que geraram a disputa (*contractual cooling-off period*) e assim alcançam uma visão mais realista sobre uma possível solução mesmo que seja na arbitragem; 6. As várias etapas podem gerar maior *rapport* entre as partes e, por conseguinte, uma melhor relação.<sup>9</sup> Isso se torna essencial se as partes possuem uma relação comercial continuada que desejam preservar.

As principais desvantagens do uso das cláusulas escalonadas surgem quando estas são elaboradas de forma equivocada.<sup>10</sup> As etapas previstas devem, portanto, ser elaboradas de forma detalhada e clara para que possibilitem a efetivação de um acordo. Além disso, quando as partes estão entrincheiradas em suas posições negociais e não há possibilidade de acordo as etapas de negociação e mediação podem significar dispêndio desnecessário de tempo e, portanto, recursos.

Para evitar atrasos desnecessários na solução do conflito as partes devem idealmente especificar o período de cada fase prévia à arbitragem (por exemplo, a mediação durará 6 semanas e, não sendo possível o acordo, terá início a arbitragem).<sup>11</sup> Portanto, sendo ineficiente a mediação, por exemplo, ao final do período estipulado a disputa será automaticamente encaminhada para a arbitragem (a não ser que ocorra acordo entre as partes para continuarem naquela etapa).

8 Vide, por exemplo, recomendação do regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI: As partes são livres para adaptar a cláusula de acordo com as circunstâncias particulares. Por exemplo, podem querer estipular o número de árbitros, uma vez que o Regulamento de Arbitragem contém uma presunção em favor de um árbitro único. Pode ser desejável, também, que as partes estipulem o idioma e a sede da arbitragem e a lei aplicável ao mérito do litígio. O Regulamento de Arbitragem não limita a liberdade de escolha das partes quanto ao idioma e sede da arbitragem e à lei aplicável ao contrato. A adaptação da cláusula deve ser feita com cuidado, a fim de evitar qualquer risco de ambiguidade. Cláusulas com textos ambíguos causam insegurança e atrasos e podem prejudicar, ou até mesmo comprometer, o processo de resolução de litígio. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

9 TOMIC, Katarina. Multi-tiered dispute resolution clauses: Benefits and drawbacks. *Harmonius: Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2017, pp. 360-370.

10 Em regra, o equívoco na elaboração da cláusula não ocorre quando as partes recorrem a serviços de solução de conflitos de instituições reconhecidas. A American Arbitration Association – AAA, por exemplo, disponibiliza um guia prático de elaboração de cláusulas de solução de disputas. Disponível em: [https://www.adr.org/sites/default/files/document\\_repository/Drafting%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20A%20Practical%20Guide.pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Drafting%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20A%20Practical%20Guide.pdf). Acesso em: 26 jun. 2020. Para um ranking das instituições de arbitragem reconhecidas no Brasil vide: <https://www.leadersleague.com/pt/rankings/resolucao-de-conflitos-ranking-2020-camaras-de-arbitragem-brasil>. Acesso em: 26 jun. 2020.

11 A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) enuncia em seu art. 22, I, que as partes deverão estipular prazo mínimo e máximo para realização da primeira reunião de mediação. No entanto não estabelece o tempo de duração do procedimento de mediação que fica, portanto, ao alvitre das partes.

### 3 AS CLÁUSULAS HÍBRIDAS NO BRASIL

As cláusulas de solução de conflitos híbridas (med-arb) já são amplamente aplicadas pelos principais provedores de arbitragem do Brasil tais como CAM-CCBC<sup>12</sup>, CAMARB<sup>13</sup> e CBMA.<sup>14</sup>

O art. 23 da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) versa especificamente sobre a cláusula híbrida de solução de conflitos, ou seja, nesta hipótese o árbitro ou o magistrado deverão suspender a arbitragem ou a ação judicial até o implemento da mediação com exceção da prática de medidas urgentes (parágrafo único do mesmo dispositivo e art. 300 do CPC). O art. 29 da Lei de Mediação, por sua vez, incentiva a mediação isentando as partes das custas finais se o conflito for solucionado antes da citação do réu.

Ressalte-se que a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) veda expressamente a atuação do mediador como árbitro no mesmo procedimento (art. 7º) em prol da confidencialidade uma vez que, nos termos do *caput* do art. 30 da Lei 13.140/2015, as informações relativas ao procedimento de mediação não poderão ser reveladas em procedimento arbitral salvo consentimento das partes. Em outros países, em regra, apenas não se recomenda a atuação do mediador como árbitro, porém, não há vedação legal. Por vezes há até incentivo legal para tal atuação como na Lei de Arbitragem Doméstica de Singapura.<sup>15</sup>

A Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) não menciona a mediação, porém, em seu art. 21 § 4º afirma que o árbitro deverá tentar a conciliação das partes no início do procedimento. Caso tal acordo ocorra o árbitro ou tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, registrar o acordo por sentença arbitral, ou seja, homologará o acordo por sentença arbitral nos termos do art. 28 da Lei de Arbitragem.

Importante frisar que mesmo na homologação de acordo por sentença o árbitro deverá respeitar os limites estabelecidos para sua atuação na convenção arbitral bem como tal sentença deverá conter os requisitos obrigatórios da sentença arbitral estabelecidos no art. 26 da Lei de Arbitragem. O acordo poderá ser parcial, homologando-se por sentença apenas o quanto ajustado consensualmente, prosseguindo-se ao procedimento para a solução do restante do conflito.

Alguns autores consideram a tentativa de conciliação obrigatória sob pena de nulidade do procedimento arbitral.<sup>16</sup> Apesar do entendimento consideramos que a conciliação é mera sugestão legal ao árbitro, portanto, fica ao alvitre de seu julgamento de conveniência.<sup>17</sup>

12 Vide modelo de cláusula escalonada da CAM-CCBC em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/modelos-de-clausula/>. Acesso em: 26 jun. 2020.

13 Vide modelo de cláusula escalonada da CAMARB em: <http://camarb.com.br/arbitragem/clausula-modelo-escalonada/>. Acesso em: 26 jun. 2020.

14 Vide modelo de cláusula escalonada do CBMA em: [http://www.cbma.com.br/clausula\\_comprom\\_arb\\_1](http://www.cbma.com.br/clausula_comprom_arb_1). Acesso em: 26 jun. 2020.

15 Vide, por exemplo, a Lei de Arbitragem Doméstica de Singapura de 2002 (Arbitration Act) que em sua Section 63 autoriza expressamente o árbitro a atuar como mediador caso nenhuma das partes tenha manifestado contrariedade. De outra sorte, também não há objeção, nos termos da Section 63 (4) que o mediador se torne árbitro. Consoante a Section 63 (3) o árbitro poderá inclusive revelar as informações que considerar relevantes obtidas no procedimento de mediação no procedimento arbitral. Vejamos a Section 63 do Singapore Arbitration Act (Chapter 10): Power of arbitrator to act as mediator - 63.—(1) If all parties to any arbitral proceedings consent in writing and for so long as no party has withdrawn his consent in writing, an arbitrator may act as a mediator. (2) An arbitrator acting as a mediator — (a) may communicate with the parties to the arbitral proceedings collectively or separately; and (b) shall treat information obtained by him from a party to the arbitral proceedings as confidential, unless that party otherwise agrees or unless subsection (3) applies. (3) Where confidential information is obtained by an arbitrator from a party to the arbitral proceedings during mediation proceedings and those proceedings terminate without the parties reaching agreement in settlement of their dispute, the arbitrator shall before resuming the arbitral proceedings disclose to all other parties to the arbitral proceedings as much of that information as he considers material to the arbitral proceedings. (4) No objection shall be taken to the conduct of arbitral proceedings by a person solely on the ground that that person had acted previously as a mediator in accordance with this section; (5) For the purposes of this section and section 62 — (a) any reference to a mediator shall include a reference to any person who acts as a conciliator; (b) any reference to mediation proceedings shall include a reference to conciliation proceedings. Disponível em: <https://sso.agc.gov.sg/Act/AA2001?ProvlDs=P1X-#pr63->. Acesso em: 20 jul. 2020.

16 Aponta Scavone que em interpretação sistemática, pensamos que a ausência da tentativa de conciliação pelo árbitro implicará nulidade do procedimento arbitral, desde que a parte que pretenda alegar o vício tenha se insurgido na primeira oportunidade que tiver para falar, nos termos do art. 20 da Lei de Arbitragem. (SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.146).

17 Carmona, acertadamente, discorda de tal posição e afirma que apesar da forma imperativa adotada pelo legislador (competirá ao árbitro tentar a conciliação), deve-se ler o §4º em tela como mera sugestão ao árbitro, que pode segui-la ou não de acordo com o que julgar conveniente. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 303).

A flexibilidade do procedimento arbitral e o controle pleno do árbitro sobre ele nos faz interpretar a tentativa de conciliação como mera sugestão. Nesse sentido, os regulamentos dos órgãos arbitrais nacionais concedem liberdade ao tribunal arbitral na tentativa de conciliação.<sup>18</sup>

Portanto, devido a legislação vigente em nosso país, ao incentivo do STJ à arbitragem<sup>19</sup> e às outras formas extrajudiciais de solução de conflitos, aos regulamentos dos principais provedores de solução de conflitos e em observância ao preâmbulo da CFRFB/88 (que expressamente menciona que o Brasil possui como primado a solução pacífica das controvérsias) podemos afirmar que as formas híbridas e escalonadas de solução de conflitos já possuem aplicação notória em nosso país. A tendência é de crescimento por se tratar de formas mais eficientes, seguras e menos onerosas.

#### **4 AAA (ARBITRAGEM DOMÉSTICA NOS EUA) E AAA-ICDR (ARBITRAGEM INTERNACIONAL) – MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CONCORRENTES**

Em 01 de outubro de 2013, a *American Arbitration Association – AAA* incluiu em seus regulamentos de arbitragem comercial e de arbitragem no setor de construção civil a *Rule 9*<sup>20</sup> e a *Rule 10*<sup>21</sup> respectivamente. Em breves linhas, incluiu a realização da mediação obrigatória de forma concorrente ao procedimento arbitral (para casos com valor em disputa superiores a U\$ 75.000 na arbitragem comercial e U\$ 100.000 para casos de construção civil). Contudo, há a possibilidade de as partes optarem pela não aplicação de tal regra (*opt out*) notificando previamente a instituição e a outra parte. A *Rule 9* e *Rule 10* ressaltam que o mediador não poderá ser indicado também como árbitro para o caso.

Tal regra foi estendida para a arbitragem comercial internacional com a inserção do *Article 5*<sup>22</sup> no regulamento da AAA-ICDR (braço internacional da AAA fundado em 1996) em 01 de junho de 2014 que traz a mesma dinâmica praticada na arbitragem doméstica.

A principal vantagem de a mediação transcorrer paralelamente ao procedimento arbitral é o fato de evitar atrasos no procedimento uma vez que o mediador pode ser nomeado de forma célere sendo inclusive possível atingir um acordo antes mesmo da instauração do painel arbitral. Outra vantagem é o fato do mediador poder sugerir acordos

18 O regulamento de arbitragem da CAMARB enuncia em seu item 8.1 que assinado o Termo de Arbitragem, o Tribunal Arbitral tentará, na forma que estabelecer, a conciliação das partes. Regulamento de Arbitragem da CAMARB. Disponível em: <<http://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem/>>. Acesso em: 20 jul. 2020. O CBMA aborda a temática no item 14.8 de seu regulamento de arbitragem ao informar que se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos constantes do item 14.5 supra. Regulamento de arbitragem do CBMA disponível em: <[http://www.cbma.com.br/regulamento\\_1](http://www.cbma.com.br/regulamento_1)>. Acesso em: 20 jul. 2020. O CAM-CCBC aborda o tema no item 10.8 de seu regulamento de arbitragem ao afirmar que se, durante o procedimento arbitral, as partes transigirem, pondo fim ao litígio, o Tribunal Arbitral, a pedido das partes, homologará tal acordo mediante sentença arbitral. Regulamento de arbitragem da CAM-CCBC disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

19 Vide decisão do STJ: “(...) o indispensável fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei nº 9.307/96 torna indispensável que se preserve, na maior medida possível, a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito para as questões ligadas ao mérito da causa. Negar tal providência esvaziaria o conteúdo da Lei de Arbitragem, permitindo que, simultaneamente, o mesmo direito seja apreciado, ainda que em cognição perfunctória, pelo juízo estatal e pelo juízo arbitral, muitas vezes com sérias possibilidades de interpretações conflitantes para os mesmos fatos (...)”. (STJ, Segunda Seção, CC n.111230/DF, Ministra Rel. Nancy Andriighi, DJe 03.04.2014).

20 Vide Rule 9 do regulamento de arbitragem comercial da AAA em <https://www.adr.org/Rules>. Acesso em: 26.06.2020. R-9. Mediation. In all cases where a claim or counterclaim exceeds \$75,000, upon the AAA’s administration of the arbitration or at any time while the arbitration is pending, the parties shall mediate their dispute pursuant to the applicable provisions of the AAA’s Commercial Mediation Procedures, or as otherwise agreed by the parties. Absent an agreement of the parties to the contrary, the mediation shall take place concurrently with the arbitration and shall not serve to delay the arbitration proceedings. However, any party to an arbitration may unilaterally opt out of this rule upon notification to the AAA and the other parties to the arbitration. The parties shall confirm the completion of any mediation or any decision to opt out of this rule to the AAA. Unless agreed to by all parties and the mediator, the mediator shall not be appointed as an arbitrator to the case.

21 Vide Rule 10 do regulamento de arbitragem no setor de construção civil da AAA em <https://www.adr.org/Rules>. Acesso em: 26 jun. 2020. R-10. Mediation. In all cases where a claim or counterclaim exceeds \$100,000, upon the AAA’s administration of the arbitration or at any time while the arbitration is pending, the parties shall mediate their dispute pursuant to the applicable provisions of the AAA’s Construction Mediation Procedures, or as otherwise agreed by the parties. Absent an agreement of the parties to the contrary, the mediation shall take place concurrently with the arbitration and shall not serve to delay the arbitration proceedings. However, unless the parties’ agreement includes a requirement for mandatory mediation, any party to an arbitration may unilaterally opt out of this rule upon notification to the AAA and the other parties to the arbitration. The parties shall confirm to the AAA the completion of any mediation or any decision to opt out of this rule. Unless agreed to by all parties and the mediator, the mediator shall not be appointed as an arbitrator to the case.

22 Vide Article 5 do regulamento de arbitragem da AAA-ICDR em <https://www.adr.org/Rules>. Acesso em: 26.06.2020. Article 5: Mediation Following the time for submission of an Answer, the Administrator may invite the parties to mediate in accordance with the ICDR’s International Mediation Rules. At any stage of the proceedings, the parties may agree to mediate in accordance with the ICDR’s International Mediation Rules. Unless the parties agree otherwise, the mediation shall proceed concurrently with arbitration and the mediator shall not be an arbitrator appointed to the case.

parciais, ou seja, acordos de apenas algumas questões envolvidas na disputa, reduzindo assim o escopo da arbitragem e, portanto, resultando em custo menor no procedimento (principalmente no que tange a produção probatória).<sup>23</sup>

Outro fator de peso na utilização da mediação concorrente e mandatária é o fato de que nenhuma das partes ficará rotulada como tendo uma posição desfavorável no caso concreto simplesmente por ter a iniciativa de sugerir a mediação. Nessa hipótese abrir-se-ia uma janela no procedimento arbitral para o transcorrer das sessões de mediação (Arb-Med). A AAA-ICDR afirma que desde o início da vigência da *Rule 9* e *Rule 10* o número de acordos prévios à sentença arbitral aumentou.<sup>24</sup>

Uma das razões para o aumento do número de acordos talvez não seja a mera existência das sessões de mediação concorrentes ao procedimento arbitral, mas sim porque as partes já ingressem na disputa com o caso mais preparado para mediação e mais dispostas ao diálogo, ou seja, menos armadas para o litígio arbitral.

Outra grande vantagem dos procedimentos internacionais concorrentes é a possibilidade de homologar o acordo realizado na mediação por sentença arbitral (*consent award*) trazendo exequibilidade ao mesmo em todos os países signatários da Convenção de NY.

Em 2019, a AAA-ICDR teve um total de 9.737 casos com ambas as partes pessoas jurídicas (B2B) com 22% dos casos terminando em acordo. Em 2018<sup>25</sup>, em 8.983 casos apenas 10.9% culminaram em acordo. No entanto, apesar do claro crescimento de acordos nas arbitragens os relatórios não detalham o número de casos em que de fato ocorreu a mediação concorrente com a arbitragem podendo, portanto, ser acordos realizados durante o próprio procedimento arbitral ou através de modalidades híbridas como arb-med ou med-arb.

## 5 ARB-MED-ARB E O PROTOCOLO AMA DO SIAC-SIMC

Em 05 de novembro de 2014 foi inaugurado o *Singapore International Mediation Centre (SIMC)* e ao mesmo tempo foi lançado o *Arbitration-Mediation-Arbitration (Arb-Med-Arb) Protocol (AMA Protocol)* que se trata de acordo com a *Singapore International Arbitration Centre (SIAC)* estabelecida em 1991.

A cláusula ARB-MED-ARB<sup>26</sup> trata-se de uma engenhosa solução encontrada pelas duas instituições para evitar os possíveis problemas dos processos híbridos de Med-Arb ou Arb-Med tais como: a) as partes conduzirem o procedimento de mediação como uma *mini-arbitragem* gerando gastos e dispêndio de tempo; b) ocorrendo um acordo, as partes obtém um termo de acordo de mediação que só terá a mesma exequibilidade que uma sentença arbitral na esfera internacional quando a Convenção de Singapura de 2019 atingir os mesmos países signatários da Convenção de NY<sup>27</sup> de 1958. c) é questionável, nas jurisdições internas, se um acordo

23 GALLOWAY, PD. et al. Dispute Resolution Under FIDIC - The Parties' Options. *Transnational Dispute Management*, vol. 9, nº 7, 2012, p. 10.

24 Vide: [https://go.adr.org/910mediationrule.html?utm\\_source=linkedin&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=r9-10-mediation](https://go.adr.org/910mediationrule.html?utm_source=linkedin&utm_medium=social&utm_campaign=r9-10-mediation). Acesso em: 26 jun. 2020.

25 Vide números da AAA-ICDR em <https://adr.org/research>. Acesso em: 22 jun. 2020.

26 Vide a cláusula Arb-Med-Arb do Protocolo AMA SIMC-SIAC: SIAC – SIMC ARB-MED-ARB CLAUSE - Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration administered by the Singapore International Arbitration Centre (“SIAC”) in accordance with the Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (“SIAC Rules”) for the time being in force, which rules are deemed to be incorporated by reference in this clause. The seat of the arbitration shall be [Singapore].\* The Tribunal shall consist of \_\_\_\_\_ \*\* arbitrator(s). The language of the arbitration shall be \_\_\_\_\_. The parties further agree that following the commencement of arbitration, they will attempt in good faith to resolve the Dispute through mediation at the Singapore International Mediation Centre (“SIMC”), in accordance with the SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocol for the time being in force. Any settlement reached in the course of the mediation shall be referred to the arbitral tribunal appointed by SIAC and may be made a consent award on agreed terms. Disponível em: <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

27 A Convenção de NY, ou seja, a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Decreto nº 4.311/2002) possui atualmente 165 países contratantes. (Vide em <http://www.newyorkconvention.org/countries>. Acesso em: 18 set. 2020). Ao passo que a Convenção de Singapura sobre Mediação possui, no momento, 52 países signatários com 5 países já tendo ratificado. Belarus foi o último país a ratificar a convenção em 15 de julho de 2020. (Vide em <https://www.singaporeconvention.org/convention/status/>. Acesso em: 20 jul. 2020).

concluído antes de uma arbitragem ter iniciado (Med-Arb), e que tenha sido homologado por sentença arbitral (*consent award*) possa ser executado através da aplicação da Convenção de NY. Em suma, as partes se sentem inseguras com a utilização da mediação e podem entrar no chamado *dilema da mediação* (*mediation dilemma*)<sup>28</sup>.

O *Singapore International Mediation Centre (SIMC)* assim define o mecanismo híbrido do Arb-Med-Arb: *Um procedimento onde ocorre a tentativa de mediação no curso do procedimento arbitral. Se a disputa for solucionada através da mediação, o termo de acordo de mediação que poderá ser homologada por sentença arbitral (consent award) sob o pálio da Convenção de NY.*<sup>29</sup>

O Protocolo AMA, que se trata de um acordo entre uma instituição de arbitragem internacional (SIAC) e uma instituição de mediação internacional (SIMC), ambas de Singapura, traz regras claras sobre a utilização do instituto e prevê três estágios distintos: a) Constituído o tribunal arbitral na SIAC este irá automaticamente encaminhar o caso para mediação no SIMC<sup>30</sup>; b) a mediação deverá terminar em no máximo 8 (oito) semanas com ou sem acordo (parcial ou total). Tal prazo pode ser prorrogado mediante acordo das duas instituições. c) Não ocorrendo acordo o procedimento arbitral será reiniciado.<sup>31</sup> Atingindo o acordo as partes poderão solicitar a homologação do mesmo por sentença arbitral dos tópicos que desejarem.<sup>32</sup>

As principais vantagens do Protocolo AMA são: a) exequibilidade do acordo internacionalmente e confidencialidade das sessões de mediação; b) as partes podem escolher um mediador de três diferentes listas (a lista de mediadores do SIMC, e a lista de especialistas técnicos do SIMC e da SIAC); c) transição suave entre as duas instituições que possuem alto grau de sinergia uma vez que o Protocolo AMA se inicia com o requerimento de arbitragem e toda a movimentação procedimental posterior é realizada pela SIAC.<sup>33</sup>

De novembro de 2014 a junho de 2020, o SIMC administrou aproximadamente 21 casos que utilizaram o Protocolo AMA. 80% das partes que utilizaram o Protocolo são asiáticas e o número de acordos na mediação atinge de 80% a 85% dos casos.<sup>34</sup>

Interessante ressaltar que, em 17 de junho de 2020, a SIMC firmou acordo (*Memorandum of Understanding – MOU*) com a *Shenzhen Court of International Arbitration – SCIA*<sup>35</sup> (Também conhecida como *South China International Economic and Trade Arbitration Commission*). O acordo prevê uma plataforma para sustentar mecanismos de soluções de conflito em prol da eficiência e da redução de custos. Além disso, e talvez seja o aspecto mais relevante do MOU, é o fato da SCIA oferecer um serviço de Med-Arb em parceria com o SIMC, ou seja, qualquer acordo de mediação realizada pelo SIMC em Singapura poderá ser homologado por sentença arbitral na China pela SCIA possibilitando que as partes executem a sentença em território chinês. Este acordo de cooperação é inédito no cenário internacional e sem dúvidas aumenta as possibilidades de cooperação comercial entre Singapura e China.

28 BOOG, Christopher. The New SIAC/SIMC AMA-Protocol: A Seamless Multi-tiered Dispute Resolution Process Tailored to the User's Needs. *Asian Dispute Review*, Apr. 2015, p. 92.

29 Disponível em <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

30 Protocolo AMA, parágrafo 5. Disponível em <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

31 Protocolo AMA, parágrafo 8. Disponível em <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

32 Protocolo AMA, parágrafo 9. Disponível em <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

33 HUSSIN, Aziah *et. al.* SIAC and SIMC's Arb-Med-Arb Protocol. *New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 11, nº 2, 2018, p. 87.

34 Informação obtida diretamente no Singapore International Mediation Centre – SIMC.

35 Disponível em <http://simc.com.sg/blog/2020/06/17/simc-and-the-shenzhen-court-of-international-arbitration-scia-establish-international-dispute-resolution-service-for-cross-border-commercial-projects-under-singapore-china-shenzhen-smart-city-init/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

## 6 OUTRAS EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS

### 6.1 Austrália

A Lei de Arbitragem Comercial Australiana (*Commercial Arbitration Act 2010*)<sup>36</sup> de 2010 prevê, em sua *Section 27D*, o poder do árbitro em atuar como mediador, conciliador ou como outro intermediário não-arbitral. No entanto, a convenção de arbitragem deve trazer em seu bojo a possibilidade de atuação do árbitro como mediador ou deverá haver o consentimento das partes por escrito para tal [*Section 27D (1) (a)(b)*]. As partes poderão retirar o consentimento a qualquer tempo e sendo considerada encerrada a mediação prosseguir-se-á com a arbitragem. Se o árbitro tiver acesso à informação confidencial durante a mediação este deverá revelar às partes, antes de continuar a arbitragem, os fatos que considerar relevantes para o procedimento. Caso ocorra acordo na mediação o árbitro, funcionando como mediador, homologará o acordo por sentença arbitral nos termos das *Sections 30 e 31* da Lei de Arbitragem Comercial Australiana. Em suma, estamos diante de um procedimento combinado de Arb-Med-Arb com atuação do árbitro como mediador após a instauração da arbitragem.

### 6.2 Câmara de Comércio de Estocolmo (*Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce - SCC*)

O art. 14 do Regulamento de Mediação da Câmara de Comércio de Estocolmo de 2014<sup>37</sup> (tal previsão já existia no regulamento de mediação de 1999) traz a possibilidade de o mediador atuar como árbitro para, neste modelo, transformar o acordo de mediação em sentença arbitral. As partes e o mediador devem concordar com tal procedimento. A novidade da regra resta no fato do mediador se tornar árbitro não porque as partes falharam em atingir um acordo na mediação, mas justamente pelo motivo oposto, qual seja, a obtenção do acordo. Portanto, o mediador se torna árbitro para homologando o acordo em sentença arbitral torná-la, em teoria, executável em 172 países signatários da Convenção de NY de 1958. Além disso, as partes se beneficiariam da celeridade do procedimento de mediação.

A homologação de acordo por sentença arbitral geralmente ocorre por tribunal arbitral ou árbitro que decidiria o mérito da causa. Tal seria a hipótese, por exemplo, de uma cláusula Arb-Med-Arb uma vez que a arbitragem teve seu início antes da mediação. No entanto, não se trata da hipótese do Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo e, portanto, a exequibilidade de tal sentença de acordo (*consent award*) sob o pálio da Convenção de NY<sup>38</sup> poderá ser questionada uma vez que o artigo II da Convenção de NY é expresso ao enunciar a necessidade de uma convenção arbitral pelo meio do qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido.<sup>39</sup> Em suma, teoricamente, seria necessária uma convenção arbitral anterior para respaldar a homologação do acordo por sentença arbitral uma vez que o artigo IV da Convenção de NY exige a apresentação da convenção de arbitragem no procedimento homologatório.

---

36 Disponível em: [http://www7.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/nsw/consol\\_act/caa2010219/](http://www7.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/nsw/consol_act/caa2010219/). Acesso em: 20 jul. 2020.

37 Disponível em <https://sccinstitute.com/our-services/rules/>. Acesso em: 20 jul. 2020. Vide o art. 14 do Regulamento de Mediação da SCC: Article 14 Confirmation of a Settlement Agreement in an Arbitral Award - In case of settlement, the parties may, subject to the consent of the Mediator, agree to appoint the Mediator as an Arbitrator and request him/her to confirm the settlement agreement in an arbitral award.

38 A Convenção de NY foi ratificada no Brasil pelo Decreto nº 4.311 de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4311.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm). Acesso em: 20 jul. 2020.

39 NEWMARK, Christopher; HILL, Richard. Can a mediated settlement become an Enforceable Arbitration Award?. *Arbitration International*, vol. 16, nº 1, 2000, pp. 81-87.

Tal problemática não ocorreria com a utilização de uma cláusula híbrida Med-Arb ou de uma cláusula Arb-Med-Arb, uma vez que existe a convenção de arbitragem e o árbitro ou componentes do tribunal arbitral são nomeados anteriormente com a finalidade de resolver o mérito da disputa.

No entanto, trata-se de uma boa tentativa (anterior à Convenção de Singapura de 2019) de dar exequibilidade aos acordos de mediação e que, a depender da jurisdição doméstica, pode surtir efeito.

## **7 CONCLUSÃO**

Por certo, toda a escolha de mecanismos de solução de conflitos deve ser realizada sob o viés da complexidade do conflito e terá sempre vantagens e desvantagens. No entanto, a criatividade possibilitada pelo princípio da autonomia da vontade tem gerado alternativas engenhosas para solução de conflitos domésticos e internacionais. Um procedimento híbrido ou combinado que preconize a mediação e outros meios autônomos de solução de conflito é sempre o ideal em tempos de normalidade ou de emergência tais como o causado pelo COVID-19. As partes sempre têm que ter em vista que a arbitragem sempre estará à disposição como solução final e vinculante. A mediação, por sua vez, devido a sua celeridade vem demonstrando importância crucial nesse momento de turbulência em todos os setores da economia. Portanto, fazer uso de cláusulas escalonadas ou híbridas bem elaboradas que observem as possíveis disputas que possam surgir do contrato onde está inserida será sempre uma tentativa salutar.

A cultura das soluções adequadas de conflito caminha a passos largos no Brasil e, conforme demonstrado, a maioria dos provedores de serviços de solução de conflitos já tem adotado os procedimentos híbridos principalmente o Med-Arb.

Internacionalmente temos como boas práticas os exemplos trazidos pela AAA-ICDR com sua arbitragem e mediação obrigatória e concorrente e pela SIMC-SIAC com seu Protocolo AMA. O procedimento da AAA-ICDR nos mostra uma alternativa para as partes dialogarem fora das disputas da arbitragem o que, a depender do caso, pode ser essencial para manutenção de relações comerciais. A SIMC-SIAC, por sua vez, com o Protocolo AMA bem como a SIMC com seu acordo com a SCIA da China nos mostra a importância da cooperação entre instituições de serviços de ADR tanto domesticamente quanto no cenário internacional. Além disso, a cláusula Arb-Med-Arb traz segurança quanto a execução das sentenças arbitrais em países signatários da Convenção de NY.

Em suma, em tempos de crise os provedores de soluções alternativas de disputa continuaram seu funcionamento de forma virtual no dia seguinte da decretação da quarentena. Isso foi possível uma vez que os melhores provedores de serviços de ADR, ao contrário do Poder Judiciário, já vinham utilizando tecnologia de ponta em seus procedimentos de longa data. A diferença principal que ocorreu foi que a tecnologia passou a ser utilizada para todos os atos procedimentais tanto na arbitragem quanto na mediação. Dessarte, a qualidade dos serviços permaneceu a mesma e as disputas continuaram a ser solucionadas.

## REFERÊNCIAS

BOOG, Christopher. The New SIAC/SIMC AMA-Protocol: A Seamless Multi-tiered Dispute Resolution Process Tailored to the User's Needs. *Asian Dispute Review*, Apr., 2015, pp. 91-96.

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

GALLOWAY, P.D. *et al.* Dispute Resolution Under FIDIC - The Parties' Options. *Transnational Dispute Management*, vol. 9, nº 7, 2012, pp.1-15.

HUSSIN, Aziah *et. al.* SIAC and SIMC's Arb-Med-Arb Protocol. *New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 11, nº 2, 2018, pp. 85-87.

NEWMARK, Christopher; HILL, Richard. Can a mediated settlement become an Enforceable Arbitration Award?. *Arbitration International*, vol. 16, nº 1, pp. 81-87, 2000.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TOMIC, Katarina. Multi-tiered dispute resolution clauses: Benefits and drawbacks. *Harmonius: Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2017, pp. 360-370.

---

**Recebido em:** 18.09.2020

**Aprovado em:** 10.12.2020

### Como citar este artigo (ABNT):

FERREIRA, Daniel Brantes; GIOVANNINI, Cristiane Junqueira. As cláusulas multi-etapas e híbridas de solução de conflitos como solução para tempos de incertezas: algumas experiências do direito comparado. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.366-376, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-23.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.