



**MANUAL SOBRE
CLÁUSULAS
ESCALONADAS DE
RESOLUÇÃO DE
CONTROVÉRSIAS**



Comissão de Mediação,
Conciliação e Arbitragem

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SEÇÃO DE MINAS GERAIS
OAB/MG

COMISSÃO DE MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM

Presidente

Francisco Maia Neto

Vice-Presidente

João Henrique Café de Souza Novais

Secretária-Geral

Deborah Kelly Martins de Mello

MANUAL SOBRE CLÁUSULAS ESCALONADAS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Coordenador

Pedro Silveira Campos Soares

Integrantes do Grupo de Trabalho

Bruna Fagundes

Caroline Gomes de Moura

Fernanda Rocha Lourenço Levy

Renata Faria Silva Lima

Suzana Cremasco

Belo Horizonte, fevereiro de 2024

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	4
INTRODUÇÃO	4
TIPOS ESPECIAIS DE CLÁUSULAS ESCALONADAS	8
A. Modelo FIDIC.....	8
<i>Dispute Avoidance Adjudication Board</i> (DAAB ou Comitê Técnico)	8
1. <i>Amicable Settlement</i>	10
2. Arbitragem	10
B. Contratos com Cláusulas Escalonadas	11
1. PPP do Rodoanel Metropolitano de BH.....	11
2. PPP do Complexo Penal	12
3. Estádio Mineirão.....	12
QUESTÕES CONTROVERTIDAS	14
A. Tutela de Urgência e Cláusula Escalonada	14
B. “Execução Específica” de Cláusula Escalonada	14
C. Cláusula Compromissória e Prescrição	15
ELABORAÇÃO E CUSTOMIZAÇÃO DE CLÁUSULAS ESCALONADAS.....	17
A. Finalidades Almejadas.....	17
B. Cautelas Necessárias	18
1. Cooperação com o Foro Estatal	18
2. Técnica de Redação	18
3. Delimitação das Fases e Prazos	19
4. Cláusulas-padrão.....	19
C. Efeitos Processuais e Materiais	19
CONCLUSÃO	20

APRESENTAÇÃO

A Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção do Estado de Minas Gerais¹ apresenta seu Manual sobre Cláusulas Escalonadas de Resolução de Controvérsias.

Produzido sob inspiração do advogado Francisco Maia Neto, presidente da CEMCA-OAB/MG, colocamos à disposição do público e, em especial, dos advogados e advogadas inscritos na OAB, diretrizes e recomendações com respeito à elaboração e à utilização de cláusulas escalonadas.

O Manual foi produzido ao longo do segundo semestre de 2023, por um grupo de trabalho coordenado pelo advogado Pedro Silveira Campos Soares e composto pelas seguintes advogadas, a quem o coordenador registra, de público, seu enfático agradecimento pelo trabalho prestado à advocacia mineira:

Bruna Fagundes
Caroline Gomes de Moura
Fernanda Rocha Lourenço Levy
Renata Faria Silva Lima
Suzana Cremasco

Não pretendemos esgotar a temática das cláusulas escalonadas no presente Manual, o qual se apresenta como uma ferramenta de acesso rápido contendo indicações resumidas sobre as dúvidas que têm surgido na prática da resolução de controvérsias.

É, assim, um elemento inicial, que deve ser complementado por pesquisas subsequentes. Para esse propósito, sempre que necessário, apresentamos as referências bibliográficas, de modo a permitir ao leitor que inicie esse processo de aprofundamento na matéria, tão relevante para a boa condução e a eficiência dos meios de resolução de controvérsias, judiciais ou extrajudiciais.

O Manual está estruturado em três capítulos, além da introdução. O primeiro apresenta a tipologia das cláusulas escalonadas; o segundo indica as questões controvertidas que decorrem da aplicação de cláusulas escalonadas; e o terceiro recomenda sugestões para a customização de cláusulas escalonadas.

INTRODUÇÃO²

A advocacia é vocacionada a tratar de conflitos, prevenindo, protegendo e defendendo os interesses de seus clientes. Nossa função é estar ao lado daqueles que

¹ CEMCA, em sua versão abreviada.

² Relatora Fernanda Rocha Lourenço Levy.

necessitam de assessoria jurídica para a tomada de decisões informadas, para que possam se sentir apoiados nos atos jurídicos que envolvem a vida pessoal, no estabelecimento de negócios comerciais, bem como para buscar a garantia de direitos que entendem como violados.

Com o manto da indispensabilidade e com o bastião da confiança que nos é depositada, somos responsáveis pela indicação de caminhos pelos quais nossos clientes poderão encontrar soluções e respostas jurídicas aos interesses e necessidades do bem da vida.

Se até há pouco tempo o Poder Judiciário era tido como o principal e fundamental caminho de acesso à justiça, em tempos recentes o caminho foi se ampliando por meio da retomada de outras rotas, sob o conceito de multiportas de acesso, uma ao lado da outra, de igual importância, possibilitando vias mais largas, eficazes e eficientes rumo à ordem jurídica justa.

Estamos nos referindo à ampliação da utilização de meios aptos e seguros para prevenção e solução de conflitos, como arbitragem, mediação, conciliação, negociação, “dispute boards” dentre tantos outros, previstos em nosso ordenamento jurídico.

Sob o paradigma do tratamento adequado dos conflitos, ou seja, considerando que cada conflito possui características que o torna único, há um remédio jurídico adequado ou uma combinação de meios (remédios) que tornam o tratamento mais eficiente e eficaz.

São inúmeras as possibilidades que a advocacia e seus clientes dispõem para a condução da gestão do conflito e nosso intuito nessas breves palavras é tratar das cláusulas escalonadas, previsão contratual pela qual as partes se comprometem a utilizar meios diversos e sequenciais para dirimir disputas que possam surgir entre elas relativas à relação contratual que as envolve.

A gama de possibilidades de utilização combinada é extensa, podendo envolver vários meios de solução de conflitos, por vezes em etapas que partem dos meios consensuais e seguem rumo aos meios adversariais e por outras, apresentado janelas de oportunidades para os meios consensuais serem utilizados em âmbito dos meios adversarias.

Nosso foco aqui é destacar as cláusulas escalonadas compostas pela utilização sequencial e combinada da mediação e da arbitragem e, nesse sentido, estamos na seara das disputas que envolvem direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, transacionáveis.

A cláusula escalonada pode prever, por exemplo, com o surgimento da disputa, a utilização de meios consensuais seguidos pelo adversarial, pela estipulação da cláusula “med-arb”, ou seja, a submissão da disputa à mediação e na sequência à arbitragem, caso a disputa entre elas ainda persista.

A previsão pode conter ainda uma fase prévia de negociação direta entre as partes e caso não cheguem ao acordo integral, seguem para a mediação e na sequência à arbitragem, sempre que necessário (cláusula escalonada “neg-med-arb”).

Por outro lado, a cláusula pode estipular a submissão da disputa previamente à arbitragem, com a suspensão do procedimento arbitral para que o processo de mediação ocorra, retornando à arbitragem a disputa não superada pelas partes ou para a sentença arbitral que homologará o acordo obtido pelas partes, cláusula denominada “arb-med-arb”.

Temos assim, a possibilidade de oferecer à disputa tratamento customizado e para tanto, destacamos temas que nos parecem fundamentais para o bom desenvolvimento da metodologia escolhida, ou seja, o momento propício para sua adoção, porque adotar cláusulas escalonadas e os cuidados jurídicos com suas estipulações.

A cláusula que remete à solução de disputas oferece às partes a possibilidade de projetar um cenário futuro em momento em que as partes, em consenso, estão construindo relações jurídicas comerciais e pessoais. Na grande maioria das vezes, trata-se de um momento em que as pessoas envolvidas estão confiantes que juntas, desenvolverão projetos de sucesso.

Assim, embora a previsão da utilização da mediação e da arbitragem possa ocorrer em qualquer momento da relação processual, a estipulação no momento zero do contrato demonstra ser uma decisão de inteligência tomada pelas partes.

Com esse panorama, com as estipulações que envolvem o objeto da contratação, o estabelecimento do modo pelo qual as partes resolverão possíveis conflitos que venham a surgir entre elas se insere no custo da transação, diminuindo-o na medida em que pode sinalizar economicidade³.

Assim, ao submeterem à assessoria advocatícia o desenho jurídico de um contrato, as partes precisam contar com a visão ampla de uma advocacia que compreende o dinamismo e as especificidades do mundo dos negócios, melhor ainda se for de modo segmentado, e que reserva cuidados especiais para a cláusula de resolução de disputas, para além da usual eleição do foro.

Dessa maneira, as partes ao elegerem meios combinados para a gestão de possíveis futuras disputas que venham a surgir entre elas, já no nascedouro da relação jurídica, estão incluindo na gestão comercial e financeira de seus projetos, a gestão de disputa de modo customizado, sob medida para cada situação.

No entanto, não basta a simples inclusão de cláusula escalonada, é preciso que ela contemple disposições juridicamente adequadas, ou seja, que ela seja bem redigida,

³ O custo da transação contempla o custo diretos e indiretos do conflito, por vezes não mensurados pelos envolvidos. Custos diretos como por exemplo, investimento com o tempo estendido da assessoria jurídica, despesas com custas e taxas processuais, juros e atualização monetária relacionados ao valor financeiro em disputa, perícias técnicas, e assim por diante. Custos indiretos, tais como perda de chance relacionados a novos negócios, redirecionamento do foco do negócio para o conflito, perda de tempo, a escalada do conflito para outros setores, como por exemplo, brigas entre sócios, gestores, perda de postos de trabalho, enfim, são múltiplos os efeitos negativos de uma disputa e esses efeitos podem ser minimizados a depender dos meios que serão empregados para solucioná-los.

para ser eficiente e não gerar um conflito justamente sobre a forma adotada para a condução do próprio conflito.

O primeiro pressuposto que norteia o sucesso de uma boa redação é o saber jurídico da advocacia especializada nos temas que envolvem os meios adotados propriamente ditos. Ou seja, cabe à advocacia conhecer a mediação e arbitragem, seus princípios e procedimentos, transitar pela legislação pertinente, estar atento aos pontos sensíveis que envolvem cada um deles e os dois utilizados em conjunto.

Ao longo do presente Manual, os principais temas que versam sobre o assunto serão destacados e por ora, ressaltamos alguns deles, pois ainda que existam modelos de cláusulas escalonadas que possam servir de inspiração à advocacia, eles servem como referências e não abarcam a singularidade de cada relação contratual. Em outras palavras, os modelos servem de bússola, mas cabe à advocacia a redação customizada e especializada da cláusula escalonada.

Para a escolha dos meios que serão adotados pelas partes, a advocacia mapeia o contexto e a demanda e, advogados e advogadas, em conjunto, escutando as partes envolvidas, elegem, por exemplo, que previamente a resolução de futura disputa será submetida à mediação e caso as partes não cheguem ao acordo integral, a arbitragem será instituída, ficando estipulada a cláusula escalonada “med-arb”.

Importante ressaltar que tal previsão, por ter natureza contratual, vincula as partes, ou seja, diante de uma disputa entre elas, necessariamente a reunião inicial de mediação deverá ocorrer e, caso as partes queiram manter o procedimento, elas seguirão em mediação até o momento que todas desejarem. Caso o procedimento de mediação seja encerrado sem acordo integral, as partes deverão submeter a disputa à arbitragem.

Frisamos que, como indicação de boas práticas, os marcos temporais são designados, apontando em que momento e por qual ato a mediação é formalmente instituída (como regra geral, com a assinatura do termo de compromisso de mediação), bem como a duração temporal do procedimento de mediação (em geral, de 30 a 90 dias), podendo sempre ser o procedimento encerrado ou prorrogado pela vontade das partes.

Importante ressaltar que, nos termos do artigo 23 da Lei de Mediação, “se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição”, ficando, nos termos do parágrafo único do referido artigo, ressalvadas as medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito.

Os processos de mediação e arbitragem podem se desenvolver em âmbito institucional, ou seja, serem administrados e regidos por regulamentos de câmaras ou centros ou podem seguir “ad hoc” e em assim sendo, a redação da cláusula precisa contemplar a forma escolhida.

Na hipótese de os procedimentos seguirem “ad hoc”, a redação da cláusula deve prever o modo de escolha dos terceiros que atuarão como mediadores e árbitros, se

atuarão de modo individual ou em grupo, previsão de assunção de responsabilidade pelo pagamento dos honorários e custas processuais, legislação aplicável, dentre outras disposições contidas na Lei de Mediação e na Lei de Arbitragem.

A estipulação que remete ao procedimento institucional acaba por simplificar a redação, na medida em que o regulamento institucional possui essas previsões e integra a cláusula em questão e, nesse sentido, ressaltamos a importância do exame prévio dos termos dos referidos regulamentos e custas e despesas neles previstas para que a adoção da câmara que administrará os procedimentos seja compatível com a disputa em pauta.

O papel da advocacia é fundamental para a eleição da convenção de resolução de disputas, com visão ampliada, meios combinados podem aportar benefícios significativos para o exercício profissional, para os clientes e para a sociedade em geral.

TIPOS ESPECIAIS DE CLÁUSULAS ESCALONADAS⁴

Conforme vimos acima, as cláusulas escalonadas são ferramentas contratuais que utilizam os métodos alternativos (ou adequados) de solução de controvérsias, de forma associada. Abaixo, pois, trataremos dos modelos de contrato adotados pela *Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils* (FIDIC) que trazem outros métodos, além da mediação e arbitragem.

A. MODELO FIDIC

A *Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils* (FIDIC) traz em seus conhecidos modelos de contratação (p. ex. *Red Book*, *Silver Book* e *Yellow Book*) – que são adotados nos *Guidelines* do Banco Mundial para os contratos de financiamento que firma – esse sistema de escalonamento dos métodos adequados de solução de controvérsias.

Assim, como adiante será demonstrado, na cláusula 21 dos modelos da FIDIC há um sistema de resolução de litígios que pode ser dividido basicamente em três etapas: (i) *dispute avoidance adjudication board* (DAAB); (ii) *amicable settlement*; e (iii) a arbitragem.

***Dispute Avoidance Adjudication Board* (DAAB ou Comitê Técnico)**

O *dispute avoidance adjudication board* é um método de resolução de conflitos, formado por um comitê técnico, de um ou três membros, selecionado pelas partes e constituído ainda no início do contrato (ou *ad hoc*), cuja tarefa é acompanhar toda a execução da obra (ou, se *ad hoc*, para analisar alguma controvérsia específica),

⁴ Relatora Renata Faria Silva Lima

proferindo recomendações não obrigatórias ou decisões, sempre que requerido pelas partes⁵. Tal método de resolução de conflito, aparece nos modelos da FIDIC como um procedimento pré-arbitral.

Ainda é permitido às partes envolvidas no contrato que, nos termos da subcláusula 21.3 [*Avoidance of Disputes*]⁶, recorram ao DAAB por assistência e/ou por discussões informais sobre questões ou desacordos que possam surgir durante a execução do contrato. Além disso, caso o DAAB tome conhecimento de algum problema, ele pode convocar as partes para fazer essa solicitação conjunta. Ambas as partes devem estar presentes durante essas discussões, a menos que estabeleçam de outra forma. Fundamental destacar que as partes não são obrigadas a seguir o conselho dado durante essas discussões informais, e o que for discutido não vincula o processo futuro de resolução de disputas por meio de recomendações ou decisões, seja verbalmente ou por escrito.

Em hipótese que uma das partes esteja insatisfeita com a decisão proferida pelo DAAB - nos termos da subcláusula 21.4.4 [*Dissatisfaction with DAAB's decision*] - deverá a parte insatisfeita emitir, em um prazo de 28 dias após receber a decisão, um aviso de insatisfação com a decisão do DAAB [*NOD - Notice of Dissatisfaction with the DAAB's Decision*], especificando a matéria em disputa e as razões para a insatisfação, à outra parte, com cópias para o DAAB e para o engenheiro/gestor do contrato.

Importante aspecto para análise, ainda no disposto na subcláusula 21.4.4, é quanto a impossibilidade de as partes submeterem litígio à arbitragem, sem que antes tenha sido emitido um aviso de insatisfação com a decisão do DAAB, à outra parte⁷.

Necessário neste ponto dizer que há entendimentos controversos na doutrina jurídica, não só no Brasil, mas no mundo, quanto a necessidade ou não do esgotamento das etapas precedentes (p. ex. DAAB) para se evoluir nas etapas subsequentes (p.ex. *amicable settlement* e arbitragem) da cláusula escalonada prevista em contrato, na busca de solução da controvérsia pelas partes.

⁵ Essa função já é prevista no Regulamento relativo aos Dispute Boards da CCI, no seu artigo 17.

⁶ If the Parties so agree, they may jointly request (in writing, with a copy to the Engineer) the DMB to provide assistance and/or informally discuss and attempt to resolve any issue or disagreement that may have arisen between them during the performance of the Contract. If the DMB becomes aware of an issue or disagreement, it may invite the Parties to make such a joint request. Such joint request may be made at any time, except during the period that the Engineer is carrying out his/her duties under Sub-Clause 3.7 [Agreement or Determination] on the matter at issue or in disagreement unless the Parties agree otherwise. Such informal assistance may take place during any meeting, Site visit or otherwise. However, unless the Parties agree otherwise, both Parties shall be present at such discussions. The Parties are not bound to act on any advice given during such informal meetings, and the DMB shall not be bound in any future Dispute resolution process or decision by any views or advice given during the informal assistance process, whether provided orally or in writing. [Conditions of Contract for Construction - Red Book, 2017, Sub-Clause 21.3, p. 102]

⁷ ALVES, André Cordelli; Contratos de Construção Internacionais - Modelo Contratual FIDIC New Red Book: Utilização sob o contexto de Civil Law e Compatibilidade com o Sistema Legal Brasileiro, Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo Faculdade de Direito, 2019, p. 278.

Certo é que a análise da necessidade ou não da submissão ao DAAB, previamente à arbitragem, deverá se dar a partir da interpretação do contrato firmado entre as partes, ou até mesmo do regulamento institucional da Câmara eleita pelas partes para administrar o procedimento para solução das controvérsias, lembrando que nos contratos que adotam o modelo FIDIC, só a partir da discordância com a recomendação ou a decisão do DAAB, pode-se instaurar uma arbitragem.

1. *Amicable Settlement*

A cláusula de *amicable settlement*⁸ (cláusula 21.5 no *Red Book*, p.ex.), por sua vez, é um mecanismo que estipula que as partes, uma vez notificadas de eventual desacordo, terão o dever de tentar solucionar o conflito de forma amigável, antes de dar início à arbitragem.

No entanto, o dispositivo ainda prevê a possibilidade de se recorrer a arbitragem, sem que haja a tentativa de um “acordo amigável”, após 28 dias da notificação de desacordo.

Tal subcláusula, trazida pela FIDIC em seu modelo de contrato, busca, tão somente, incentivar as partes a solucionarem a controvérsia de uma forma amigável, sem que seja necessário recorrer à arbitragem.

Dessa forma, as partes poderão utilizar desse prazo de 28 dias para buscar uma forma eficiente para solucionar a disputa. Tal interação pode ser feita por: (i) negociação direta entre executivos da diretoria de cada uma das partes; (ii) mediação; e por (iii) determinação por especialistas (como as Regras de Especialistas publicadas pela Câmara de Comércio Internacional - ICC).

Verifica-se, portanto, que esta disposição em nada inviabiliza a instauração de um procedimento arbitral, mas tão somente busca incentivar as partes a explorarem alternativas à arbitragem, para solucionar as controvérsias de forma mais eficiente e menos onerosa.

2. Arbitragem

Por fim, caso as partes não cheguem a um acordo amigável para resolução do conflito, a controvérsia deverá ser levada ao tribunal arbitral eleito pelas partes, figurando, pois, a arbitragem, como última etapa decisiva e que, no Brasil, é a única que goza de jurisdição, dentre as soluções adequadas de resolução de disputas.

No modelo contratual trazido pela FIDIC é estabelecido como padrão que a arbitragem se dará perante a Câmara de Comércio Internacional em Paris (ICC) e segundo as suas regras, podendo, contudo, as partes definir no contrato as próprias regras do procedimento arbitral.

⁸ Solução Amigável de Controvérsias.

A cláusula de arbitragem confere ainda aos árbitros plenos poderes para a reanalisar o conflito, podendo revisar todos os documentos e, inclusive, emitir decisões que venham a confirmar ou divergir daquelas proferidas pelo DAAB.

Por fim, cabe apontar que as próprias decisões dos DAAB's, dada a sua *expertise* sobre o objeto do contrato, poderão ser utilizados como prova na arbitragem, bem como os engenheiros/gestores do contrato que acompanharam a obra poderão servir como testemunhas em todo o procedimento.

B. CONTRATOS COM CLÁUSULAS ESCALONADAS

O sistema de escalonamento dos métodos de solução adequados de conflitos já vem sendo amplamente utilizado dentro do sistema jurídico brasileiro, em contratos privados e administrativos.

A seguir, vejam-se alguns exemplos de contratos administrativos que tem cláusulas escalonadas previstas, que por serem públicos, não há quaisquer óbices à sua citação.

1. PPP do Rodoanel Metropolitano de BH

O Governo do Estado de Minas Gerais, no Contrato de Parceria Público Privada Patrocinada com Aporte do Rodoanel Metropolitano de Belo Horizonte (contrato n. Seinfra 02/2023), assinado em 30/3/2023 com a Concessionária Rodoanel BH S/A possui no seu capítulo XV – assim como nos modelos contratuais formulados pela FIDIC – uma forma de solução de controvérsias dividida em três etapas: (i) solução amigável de controvérsias – cláusula 70ª; (ii) comitê de acompanhamento e de soluções de divergências (dispute board) – cláusula 71ª; e, por fim, (iii) a arbitragem – cláusula 72ª.

Esse sistema de escalonamento presente no contrato prevê que em hipótese de surgimento de qualquer divergência ou conflito de interesse caberão às partes utilizar de seus melhores esforços para resolver o impasse de forma amigável, valendo-se, para tanto, da negociação direta.

Nesse sistema de negociação, caberá a uma das partes apresentar à outra uma solução ou elucidação para o litígio, de modo que, caso haja a concordância ao apresentado, a controvérsia se dará como encerrada. No entanto, caso a outra parte discorde da proposta apresentada, caberá a ela encaminhar uma outra solução para o impasse.

Contudo, caso a controvérsia seja de natureza técnica ou econômico-financeira (direito patrimonial disponível), e as partes não tenham chegado a um acordo por meio da negociação direta, caberá a elas submetê-la à análise do comitê técnico de três membros (instaurado em até 90 dias da assinatura do contrato e ficando ativo até a conclusão de todas as alças do Rodoanel), e desde que seja ela de valor igual ou superior a cem milhões de reais.

Qualquer das partes poderá submeter pedido de solução de controvérsias, que deverá conter: (i) o objeto do impasse; (ii) os impactos que ele gerou à execução das obras e aos serviços do contrato; (iii) as sugestões, fundamentadas, para solução da controvérsia; (iv) demais aspectos que entender relevantes para solução do conflito; bem como (v) quaisquer documentos que demonstre as suas alegações.

A decisão do comitê técnico, caso não haja discordância pelas partes, terá força vinculante de modo que seus efeitos serão retroativos a partir do momento em que for aplicada.

No entanto, em cenário que as partes (ou uma delas) discordem da decisão proferida pelo comitê técnico, elas deverão manifestar o seu interesse de instaurar arbitragem em um prazo de até 5 dias, após o recebimento da decisão.

A partir da notificação de interesse de instaurar procedimento arbitral, as partes deverão se reunir em um prazo de até 20 dias úteis, para tentar solucionar a controvérsia de forma amigável. Contudo caso não haja uma reunião ou as partes não consigam chegar a um acordo dentro de um prazo de 60 dias, poderá ser solicitado a formação de um tribunal arbitral. A sentença do tribunal arbitral não poderá ser por equidade e será final e irrecorrível, respondendo a parte vencida por todos os custos da arbitragem, excluídos honorários advocatícios.

2. PPP do Complexo Penal

Também o Contrato de Concessão Administrativa para a Construção e Gestão do Complexo Penal por meio de Parceria Público Privada na Região Metropolitana de Belo Horizonte, firmado pelo Governo de Minas Gerais com a Concessionária Gestores Prisionais S.A., em 16/6/2009, tendo um prazo de 30 anos, traz uma cláusula escalonada para solução das controvérsias entre as partes.

Com efeito, no seu capítulo XIV, traz na cláusula 35, primeiro a previsão de comitê técnico, formado por três membros, em até 90 dias da assinatura do contrato, para solucionar as divergências técnicas. Na sequência, na cláusula 36, há a previsão de que as divergências não solucionadas pelo comitê técnico deverão ser solucionadas amigavelmente pelas partes. E, por fim, na cláusula 37, diz que se ultrapassado o prazo para a solução amigável e esta não for atingida, as partes poderão dar início ao processo de arbitragem. O tribunal arbitral será formado por três membros, em Belo Horizonte/MG.

3. Estádio Mineirão

Também o Contrato de Concessão Administrativa, firmado pelo Governo de Minas Gerais com a Minas Arena Gestão de Instalações Esportivas S.A., em 21/12/2010, com um prazo de 27 anos, para operação e manutenção, precedida de obras de reforma

do Complexo do Mineirão, traz uma cláusula escalonada para solução das controvérsias entre as partes.

Com efeito, no seu capítulo XIII, traz a seguinte cláusula escalonada: 1) solução amigável de conflitos, na cláusula 37ª, que prevê que uma parte deverá notificar a outra apresentando uma solução para o conflito, sendo que a outra poderá aceitar a solução ou apresentar a sua proposta de solução; se as partes não se compuserem sobre a questão em reunião marcada para esse fim e no prazo estipulado então poderá ser iniciada, na sequência, uma mediação; 2) mediação, prevista na cláusula 38ª, que contará com três mediadores (comitê de mediação). O comitê de mediação, com base na fundamentação, documentos e estudos apresentados pelas partes, apresentará a proposta de solução amigável, que deverá observar os princípios próprios da Administração Pública, e a proposta do comitê de mediação não será vinculante para as partes, que poderão optar por submeter a controvérsia ao juízo arbitral ou ao Poder Judiciário, conforme o caso, na sequência; 3) arbitragem, na cláusula 39ª. O tribunal será formado por três membros. A parte que recusar a assinatura do compromisso arbitral, após devidamente intimada, incorrerá na multa no valor de cinquenta mil reais por dia de atraso, até que cumpra efetivamente a obrigação. As decisões do painel de arbitragem serão definitivas para o impasse e vincularão as partes, conforme previsto.

* * *

Verifica-se, portanto, que esse sistema de escalonamento dos métodos adequados de solução de controvérsias já é uma realidade nos contratos brasileiros, sobretudo nos contratos administrativos, conforme os exemplos dados.

Assim, como nos modelos apresentados pela FIDIC, a fase pré-arbitral nos contratos regidos pelo direito brasileiro, tem envolvido um ou mais procedimentos, sendo os mais corriqueiros: o acordo amigável, a mediação e o comitê técnico.

Com efeito, a análise da necessidade ou não da submissão ao comitê técnico e outros procedimentos, previamente à arbitragem, deverá se dar a partir da interpretação do contrato firmado entre as partes, ou até mesmo, do regulamento institucional da Câmara eleita pelas partes para administrar o procedimento para solução das controvérsias.

Esta cláusula escalonada busca incentivar as partes a utilizarem de métodos mais efetivos e menos onerosos de solução de controvérsia, de modo a trazer a arbitragem como última hipótese para resolução do conflito, sendo certo que só esta última goza de jurisdição, conforme o ordenamento jurídico brasileiro.

QUESTÕES CONTROVERTIDAS

A. TUTELA DE URGÊNCIA E CLÁUSULA ESCALONADA⁹

As partes possuem livre acesso ao Poder Judiciário para garantir a efetivação de medidas de urgência, seja nos procedimentos arbitrais, quando não constituído o tribunal arbitral ou nos procedimentos de mediação. Do mesmo modo, a existência de cláusula arbitral, de mediação ou mesmo escalonada prevendo a utilização dos dois mecanismos, não é fundamento para afastar o seu direito constitucional de acesso à prestação jurisdicional no momento adequado.

No caso dos procedimentos de mediação, a Lei de Mediação possui previsão expressa no parágrafo único, de seu artigo 23, excepcionando o caso das medidas de urgência da regra geral que determina a obrigatoriedade do procedimento de mediação para as partes que tenham se comprometido a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição.

No mesmo sentido, a Lei de Arbitragem determina, em seu artigo 22, que antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. Após instaurada a arbitragem, porém, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário e analisar novas medidas cautelares ou de urgência.

Desse modo, existindo cláusula escalonada com a previsão de utilização dos dois mecanismos, a obtenção de tutelas de urgência deverá seguir a sistemática estabelecida para cada um dos procedimentos.

B. “EXECUÇÃO ESPECÍFICA” DE CLÁUSULA ESCALONADA¹⁰

A existência de cláusula arbitral, de mediação ou mesmo de cláusula escalonada prevendo a utilização dos dois mecanismos vincula as partes e torna obrigatório os procedimentos ali previstos.

No caso do procedimento de mediação, a Lei de Mediação determina, em seu artigo 2º, que, na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação. Não é possível, contudo, legalmente obrigar ninguém a permanecer no procedimento para além desse momento.

Buscando garantir que as partes efetivamente realizem o procedimento de forma adequada, tem-se observado a contratualização do tempo que se espera que as partes permaneçam em um procedimento de mediação, sendo, o cumprimento de tal período mandatário como qualquer outra obrigação de fazer prevista em contrato, sujeita inclusive ao ajuizamento de ação para a sua execução específica.

⁹ Relatora Caroline Gomes de Moura.

¹⁰ Relatora Caroline Gomes de Moura.

Com relação aos procedimentos de arbitragem, há regramento expresso para garantir a execução específica da cláusula compromissória. O artigo 7º de Lei de Arbitragem dispõe que, existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, sendo a sentença que julgar procedente o pedido, compreendida como compromisso arbitral.

Desse modo, existindo cláusula escalonada com a previsão de utilização dos dois mecanismos, caberá execução específica para efetivação dos procedimentos ali indicados, seja de mediação ou arbitragem, ainda que para mediação, se não estipulado prazo específico em dias, as partes apenas sejam obrigadas a atender à primeira reunião.

C. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E PRESCRIÇÃO¹¹

A cláusula compromissória de arbitragem é um dispositivo legal passível de ser inserido por partes capazes nos contratos por elas firmados, de modo a submeter disputas relativas a direitos patrimoniais e disponíveis que sejam decorrentes deste instrumento a um procedimento de arbitragem. Ao prever a sua inserção no contrato, as partes optam por resolver os seus conflitos fora do âmbito do Poder Judiciário e, por conseguinte, dos tribunais estatais.

A cláusula compromissória tem natureza jurídica de um contrato autônomo e independente em relação ao contrato principal em que ela foi prevista. Essa autonomia significa que ela tem a sua existência, a sua validade e a sua eficácia examinadas de forma separada do contrato principal, embora a previsão esteja intrinsecamente ligada a ele, na medida em que se houver uma disputa entre as partes, a cláusula compromissória serve como base para a instauração do procedimento arbitral.

A regulamentação da cláusula compromissória pode variar em cada país, na medida em que as leis que tratam da arbitragem são frequentemente estabelecidas em âmbito nacional. Nesse sentido, é importante conhecer e consultar a legislação específica do país ou da jurisdição em questão para entender as disposições que regem a cláusula compromissória e a arbitragem naquele local. Não obstante, em muitos países, a legislação de arbitragem é baseada nas diretrizes da Lei Modelo da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional), que é um guia influente para a elaboração de leis de arbitragem em nível internacional.

No caso do Direito Brasileiro, a disciplina da arbitragem comercial vem prevista na Lei n.º 9.307/96, que, há quase 30 anos, regulamenta a arbitragem entre nós. No seu texto, é possível encontrar, expressamente, a previsão para requisitos de arbitrabilidade – e, por conseguinte, de possibilidade de utilização da arbitragem no país (art. 1º), a previsão para que as partes escolham a lei aplicável à arbitragem, desde que respeitem a ordem pública e os bons costumes (art. 2º, §1º), a previsão para que as partes que

¹¹ Relatora Suzana Cremasco.

queiram arbitrar possam firmar cláusulas compromissárias ou compromissos arbitrais (art. 3º), a definição de cláusula compromissória (art. 4º) e a garantia de sua autonomia no tocante ao contrato principal (art. 8º). Não há, porém, nenhuma menção sobre os impactos da prescrição sobre a cláusula compromissória.

Com efeito, a única referência à prescrição contida no texto legislativo está no art. 19, §2º da Lei 9.307/96, que trata da interrupção da prescrição em virtude da instituição da arbitragem, com retroação dos seus efeitos à data do requerimento de sua instauração, independentemente do desfecho que a arbitragem tiver.

Nesse sentido, uma vez não existindo disposição específica a este respeito na fonte primária da arbitragem no Brasil, é necessário que se faça a análise do tema a partir de uma construção de natureza essencialmente sistêmica.

Como cediço, a prescrição é um conceito jurídico que se refere à perda do direito de ação devido à inatividade do titular desse direito por um período determinado. Em outras palavras, é o lapso temporal durante o qual uma pessoa pode exercer livremente seus direitos e, sobretudo, pode exigir a intervenção forçada do aparato estatal para assegurar o seu exercício, em caso de descumprimento. A prescrição tem por fundamento para garantir a estabilidade e a segurança jurídica, evitando que os direitos (e por conseguinte, as obrigações a ele atreladas) possam ser exigíveis indefinidamente, assegurando, assim, um limite temporal para possam ser exercidos. Ela está fundamentada na ideia de equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e a necessidade de promover a ordem e a estabilidade na sociedade.

A partir do momento em que a cláusula compromissória tem natureza de um contrato e que, por força dela, as partes se obrigam a solucionar os seus conflitos fora do Poder Judiciário, com o uso de arbitragem, uma questão que se coloca é se o seu exercício estaria condicionado a algum prazo prescricional ou não.

A cláusula compromissória é um contrato acessório em relação ao contrato principal, funcionando como um contrato secundário, na medida em que detalha o método escolhido para a resolução de eventuais litígios decorrentes do contrato principal. Nesse sentido, o direito de provocar – e, em contrapartida, a obrigação de se submeter – a jurisdição arbitral – que emerge da cláusula compromissória, só surge a partir da existência de debate quanto ao inadimplemento de uma obrigação principal precedente inserta no contrato principal. É apenas e tão-somente quando há dissenso entre as partes no tocante ao cumprimento e satisfação do contrato principal que as partes lançam mão do contrato acessório com vistas a solucionar o entrave existente pela via arbitral.

Enquanto tal, nos parece que faz sentido seguir quanto a esse debate, o mesmo entendimento já fixado pelo Superior Tribunal de Justiça em inúmeras oportunidades no tocante ao prazo prescricional de responsabilidade civil decorrente de descumprimento de contrato, no sentido de que a obrigação acessória deve seguir o mesmo prazo prescricional da principal – qual seja, o cumprimento efetivo do contrato. Nesse sentido, enquanto não prescrita a pretensão relativa à obrigação contratual – de acordo com as

regras gerais de prescrição insertas no Código Civil –, não há que se falar em prescrição do provimento aces

E nem poderia ser diferente, na medida em que nenhum sentido há em prever – sem qualquer ressalva – uma cláusula compromissória de arbitragem para litígios decorrentes de um determinado contrato e, no curso do seu cumprimento – pretender sustentar a existência de prescrição no tocante ao exercício em relação à forma de solução de conflitos, sendo certo que o instituto da prescrição não se aproxima, nem se confunde com a previsão de renúncia ao juízo arbitral contida no art. 337, §6º do Código de Processo Civil.

ELABORAÇÃO E CUSTOMIZAÇÃO DE CLÁUSULAS ESCALONADAS¹²

Elaborar cláusulas escalonadas, com ou sem customização das opções oferecidas pelas diversas câmaras de resolução de conflitos importa mapear as finalidades da cláusula para o modelo de solução de controvérsias que pretende ser inserido em um negócio jurídico. Igualmente leva em consideração os efeitos, processuais e materiais, advindos da eficácia de cláusula desta natureza.

A. FINALIDADES ALMEJADAS

Como visto nos capítulos anteriores, são vários os tipos de cláusulas escalonadas possíveis. Não há nenhuma regra para definir ou guiar as partes na escolha pelo tipo de cláusula escalonada, então as partes podem livremente escolher qualquer um dos tipos, customizando a cláusula de acordo com seus interesses.

Por isso, no momento da elaboração e customização da cláusula escalonada, é importante ter em mente quais são as finalidades almejadas pelas partes, avaliando o interesse das partes conjugado com os custos e o tempo de cada um dos métodos de solução de conflito.

Por exemplo, quando as partes têm uma relação comercial duradoura ou pessoal, em que a intenção é não escalar o conflito e manter essa relação sadia, pode se mostrar interessante prever uma etapa prévia autocompositiva, para oportunizar às partes que elas mesmas solucionem o conflito, antes de delegar a solução a um terceiro imparcial.

Outro exemplo é o caso de contratos de longa ou média duração, como os contratos de construção, em que é comum surgirem pequenos conflitos ao longo da execução. Nesse cenário, pode ser interessante que se recorra previamente a um Comitê de Adjucação de Conflitos para evitar que esses conflitos se estendam de maneira a inviabilizar ou atrasar demasiadamente a execução do contrato, ao mesmo tempo que evita que um simples e cotidiano desentendimento dê causa à instauração de uma arbitragem.

¹² Relatora Bruna Fagundes.

Cada tipo de cláusula compromissória apresenta suas vantagens e desvantagens, então o objetivo das partes, o que elas almejam com a estipulação da cláusula escalonada, deve ser o ponto de partida para a escolha do tipo e para a customização da cláusula para adaptar às particularidades de cada caso concreto.

B. CAUTELAS NECESSÁRIAS

1. Cooperação com o Foro Estatal

A despeito da escolha das partes por submeter um litígio a um método alternativo de solução de conflitos, algumas situações podem demandar a atuação do Poder Judiciário, seja no momento pré-litígio, durante o litígio e até no momento posterior à solução da controvérsia. Por isso, é importante conjugar a cláusula compromissória escalonada com a cláusula de eleição de foro.

No momento anterior ao início do procedimento eleito pelas partes, o Poder Judiciário pode ser demandado para apreciar medidas de urgência para evitar o perecimento de um direito ou o resultado útil do processo – Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) – ou para processar a ação do artigo 7º da Lei de Arbitragem, quando existir uma cláusula compromissória em branco ou vazia, ou que houver resistência de uma das partes quanto à instituição da arbitragem.

Durante o procedimento de solução do litígio, o Poder Judiciário pode ser demandado para colaborar, na área de sua competência, para a prática de algum ato, como convocação de uma testemunha renitente, determinação a um terceiro que entregue um documento, efetivação de uma medida de urgência determinada por um árbitro etc. Assim, por meio da carta arbitral, faz-se a comunicação entre juízo arbitral e estatal, para que o juízo arbitral solicite a colaboração do Poder Judiciário.

No momento pós-litígio, pode-se requisitar a atuação do Poder Judiciário para requerer o cumprimento de sentença ou propor ação anulatória de sentença arbitral, demandas que se processam perante o juízo estatal.

Portanto, a eleição de foro se mostra valiosa e não é dispensada pela cláusula compromissória escalonada.

2. Técnica de Redação

Outro cuidado que merece atenção é quanto à redação da cláusula, que deve ser clara e objetiva, evitando-se redações dúbias e/ou ambíguas. Contradições e incompletudes devem ser evitadas, sob pena de dificultar ou impossibilitar o regular desenvolvimento de cada uma das etapas do escalonamento pretendido.

3. Delimitação das Fases e Prazos

Uma questão que prejudica a efetivação da solução de um litígio é a falta de delimitação e detalhamento de cada etapa da cláusula escalonada, sobretudo quanto ao prazo de duração de cada fase.

Para evitar perda desnecessária de tempo e de recursos, recomenda-se delimitar o período de cada fase. Por exemplo, prever que a etapa de conciliação durará 6 (seis) meses e, não sendo alcançado um acordo, inicia-se a arbitragem, como forma de evitar que uma parte se valha da falta de prazos estabelecidos e delongue a fase da conciliação por prazo indefinido. Outra possibilidade é prever que o DRB se conserva enquanto perdurar as obras, então após a entrega das obras, os litígios serão submetidos à arbitragem.

A previsão de limitação de prazos para cada fase é benéfica, mas deve-se atentar a prazos factíveis e passíveis de serem cumpridos, sob pena de tornar inútil a realização de determinada fase e, assim, incorrer em custos e tempo desnecessários.

4. Cláusulas-padrão

A maioria das câmaras de arbitragem e mediação sugerem redações de cláusulas escalonadas, disponibilizando cláusulas padrão que, muitas vezes, podem parecer a opção mais segura às partes. Esses modelos costumam ser sucintos e fazerem remissões aos respectivos regulamentos de arbitragem, de mediação e de DRB da instituição respectiva. Portanto, se feita a opção por incluir uma cláusula padrão, é importante conhecer o regulamento e as normas referenciados na cláusula padrão, para que seja feita uma escolha consciente e informada da redação daquela cláusula ou, ainda, que seja customizada a cláusula padrão para adaptá-la às circunstâncias particulares.

C. EFEITOS PROCESSUAIS E MATERIAIS

O efeito processual das cláusulas escalonadas opera-se como um pressuposto processual da arbitragem, impondo às partes submeter a disputa ao procedimento prévio – conciliação, mediação, negociação, DRB – antes que possam iniciar a arbitragem. Assim, o juiz ou o árbitro estarão impedidos de decidir a controvérsia enquanto não intentadas as etapas iniciais definidas pelas partes.

O efeito material – também chamado de contratual ou obrigacional – é a criação de uma obrigação às partes de submeter o litígio ao procedimento autocompositivo prévio à arbitragem. Assim como qualquer outra obrigação contratual, se descumprida, tem por consequência a responsabilidade civil da parte renitente ou aplicação de cláusula penal. Frisa-se que o efeito material diz respeito apenas à obrigação de recorrer ao método autocompositivo, não há obrigação de necessariamente solucionar o litígio por esse método.

A conjugação desses dois efeitos é o impedimento transitório do árbitro ou juiz para conhecer e julgar o litígio e a responsabilização civil da parte que deixar de observar as etapas prévias estabelecidas pelas partes.

CONCLUSÃO

Com esse breve manual, esperamos ter traçado as linhas gerais a serem consideradas quando da redação de cláusulas de resolução de conflitos. Esperamos, da mesma forma, ter contribuído com a difusão deste mecanismo contratual que privilegia a autonomia das partes, em busca de estruturar e encaminhar o desfecho de controvérsias contratuais da forma que vier a ser mais adequada para cada contratação.

Diretoria 2022/2024

Presidente

Sérgio Rodrigues Leonardo

Vice-presidente

Ângela Parreira de Oliveira Botelho

Secretário-geral

Sanders Alves Augusto

Secretária-geral adjunta

Cássia Marize Hatem Guimarães

Tesoureiro

Fabício Souza Cruz Almeida

Tesoureiro adjunto

Marco Antônio Oliveira Freitas

Diretor Institucional

Rômulo Brasil de Avelar Campos

Diretor de Apoio as Subseções

Álvaro Guilherme Ribeiro Matos

Diretor de Prerrogativas

Ercio Quaresma Firpe

Diretor de Interiorização

Bernardo Carvalho Brant Maia

Márcio Facchini Garcia

Rodrigo Carvalho Fernandes Martins Ribeiro

Diretor de Inclusão

William dos Santos



INOVAR,
INCLUIR E
AVANÇAR