



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DAS
CLÁUSULAS ESCALONADAS DE
RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NO ÂMBITO
DO DIREITO DO COMÉRCIO
INTERNACIONAL**

por

BRUNO BARRETO DE AZEVEDO TEIXEIRA

ORIENTADORA: NADIA DE ARAÚJO

2010.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

**A APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DAS
CLÁUSULAS ESCALONADAS DE
RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NO ÂMBITO
DO DIREITO DO COMÉRCIO
INTERNACIONAL**

por

BRUNO BARRETO DE AZEVEDO TEIXEIRA

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro
(PUC-Rio) como requisito
parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Nadia de Araújo

2010.2

*Aos meus pais, por tudo que fizeram
para que eu me tornasse o que sou.*

*Ao meu avô, minha maior inspiração
e exemplo de vida.*

AGRADECIMENTOS

Impossível concluir esta obra sem antes deixar meus sinceros agradecimentos a algumas das pessoas que mais contribuíram para que este trabalho tivesse o destino que ao final teve.

Em primeiro lugar, agradeço a meus pais, por terem sempre me apoiado nas escolhas (às vezes boas, às vezes ruins) que fiz na minha vida. Foram suas lições passadas que me tornaram a pessoa que sou hoje.

Gostaria de agradecer também ao meu avô, minha maior inspiração e meu maior exemplo, tanto profissional quanto pessoal. Sem ele e seus ensinamentos e, especialmente, os momentos de descontração proporcionados por ele, não teria ingressado, e muito menos concluído, a faculdade de Direito.

Estes agradecimentos se estendem, ainda, a toda a minha família, que me possibilitou ter a base necessária para suportar os percalços da vida. Sem minhas avós, meus tios, meus primos e, principalmente, meu irmão, Pedro, este caminho certamente não teria sido o mesmo.

Também não poderia faltar uma menção a todos aqueles que estiveram comigo ao longo destes cinco anos de faculdade: Meus colegas de curso, amizades verdadeiras que tive a imensa felicidade de construir e que, ao longo destes cinco anos, se transformaram tanto quanto eu. Concluímos, aqui, mais uma jornada de nossas vidas, mas, com certeza, uma jornada mais feliz em razão das amizades cultivadas nos pilotis da PUC-Rio. Deixo também uma nota especial aos membros do Grupo de Estudos em Arbitragem e Direito do Comércio Internacional da PUC-Rio. A melhor experiência que tive na minha vida foi, sem dúvida alguma, fazer parte deste grupo, que exala tanto talento e dedicação. Aprendi muito nesse

ano com o comprometimento, a excelência e a determinação de todos, sem os quais minha vida certamente não teria tomado o rumo que tomou.

Impossível, ainda, deixar de citar meus colegas de trabalho, por todo apoio dado nos meus projetos particulares e profissionais, além da constante troca de informações e ensinamentos ao longo destes quase dois anos de estrada.

Seria impraticável listar aqui todos os professores que tive ao longo destes quase cinco anos de PUC-Rio - e que tanto contribuíram para minha formação profissional e pessoal. Mas me permitirei cometer tamanha injustiça ao citar os três professores de Direito Internacional Privado da PUC-Rio, de quem tive a imensa honra de poder ser monitor ao longo de 2010: a Professora Nadia de Araújo, minha orientadora, pois sem seus ensinamentos - não só na cátedra, mas também na vida pessoal - sua cobrança e seu apoio, este trabalho não teria nascido; o Professor Lauro Gama Jr., coordenador do Grupo de Estudos em Arbitragem e Direito do Comércio Internacional, pelas lições adquiridas ao longo destes anos de convívio; e a Professora Daniela Vargas, por todo o apoio dado ao longo deste período de monitoria.

Por fim, agradeço à Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, minha *alma mater*, por tudo que ela me proporcionou ao longo de cinco anos de faculdade de Direito, bem como mais de treze anos de Colégio Teresiano - Colégio de Aplicação da PUC. Por esta razão, sinto que carrego em mim os valores tão arduamente lecionados pela PUC-Rio, e certamente não teria me tornado a pessoa que me tornei sem eles. À PUC-Rio devo não só minha formação profissional, mas também minha formação como homem e pessoa. Espero poder um dia retribuir tudo o que esta instituição me proporcionou.

RESUMO

TEIXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo. *A Aplicação e Interpretação das Cláusulas Escalonadas de Resolução de Disputas no Âmbito do Direito do Comércio Internacional*. Rio de Janeiro, 2010. 82 p. Monografia de final de curso – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Trata-se de trabalho monográfico cujo objetivo é apresentar os desafios envolvendo as cláusulas escalonadas de resolução de disputas no âmbito do direito do comércio internacional, através da análise da evolução e das consequentes dificuldades oriundas da aplicação e interpretação destas espécies de dispositivos contratuais. Ao longo deste trabalho, serão apresentadas as novas direções na aplicação prática das cláusulas escalonadas, de forma a familiarizar o leitor quanto ao mais moderno uso de métodos alternativos de resolução de disputas no campo internacional. Ao final, objetiva-se entender as dificuldades na interpretação de tais cláusulas, através de análise extensa de decisões de cortes e tribunais arbitrais estrangeiros, bem como da opinião da doutrina internacionalista, tanto brasileira quanto estrangeira, sobre a matéria, com o propósito de atingir uma conclusão quanto às consequências jurídicas e práticas resultantes das diversas posições adotadas. Deste modo, será possível concluir qual seria a melhor e mais eficiente maneira de se importar o instituto ao direito brasileiro, após efetivamente compreender como o comércio internacional aplica e interpreta as cláusulas escalonadas de resolução de disputas.

PALAVRAS-CHAVE

Direito do Comércio Internacional – Contratos Internacionais - Métodos
Alternativos de Resolução de Disputas - Cláusulas Escalonadas

ABSTRACT

TEIXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo. *The Use and Interpretation of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses on International Trade Law*. Rio de Janeiro, 2010. 82 p. Final paper – Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro Law School. Rio de Janeiro, 2010.

This paper aims to present the challenges of multi-tiered dispute resolution clauses on international trade law through the analysis of the evolution and the consequent difficulties arising out of the application and interpretation of these clauses. Throughout this paper, the new directions on the practical use of multi-step clauses will be presented, so as to acquaint the reader on the modern applications of alternative dispute resolution methods in international. Towards the end, the aim is to understand the difficulties of interpreting such clauses, through the extensive analysis of international courts and arbitral tribunal's decisions, as well as international authorities', both Brazilian and foreign, opinions on the subject, with the purpose of reaching a conclusion on the legal and practical consequences resulting from the several existing views. Thus, it will become possible to conclude which would be the best and the most efficient way to bring the institute to Brazil, after the effective comprehension of how international trade applies and interprets multi-tiered dispute resolution clauses.

KEYWORDS

International Trade Law – International Contracts – Alternative Dispute Resolution Methods – Multi-step Dispute Resolution Clauses

“Estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Para compreendê-lo, é preciso, pois, saber e amar. Só o homem que sabe pode ter-lhe o domínio. Mas só quem o ama é capaz de dominá-lo rendendo-se a ele.”

Tércio Sampaio Ferraz Jr.

SUMÁRIO

TABELA DE ABREVIACÕES.....	10
INTRODUÇÃO	11
PARTE I - A APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS ESCALONADAS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NO ÂMBITO DO DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL.....	16
Capítulo I - O Conceito de Cláusula Escalonada e o Papel dos Métodos Alternativos de Solução de Controvérsias no Âmbito do Direito do Comércio Internacional	16
1.1. Conceito.....	16
1.2. Métodos Alternativos de Resolução de Disputas no Âmbito do Comércio Internacional	18
1.3. Métodos Autocompositivos de Resolução de Disputas	19
1.4. Métodos Adjudicatórios de Resolução de Disputas	23
1.5. Novas tendências: Os Dispute Boards nos Contratos Internacionais	27
Capítulo II - A Princiologia do Direito do Comércio Internacional	33
2.1. O Princípio da Autonomia das Vontades	33
2.2. O Princípio da Separabilidade das Cláusulas de Resolução de Disputas	35
2.3. O Princípio do <i>Kompetenz-Kompetenz</i>	38
PARTE II - A INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS ESCALONADAS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NO ÂMBITO DO DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL	46
Capítulo III - A Redação e os Efeitos Jurídicos das Cláusulas Escalonadas.....	46
3.1. A Importância da Redação das Cláusulas Escalonadas na sua Interpretação	47
3.2. A Eficácia Contratual das Cláusulas Escalonadas	51

3.3. A Eficácia Processual das Cláusulas Escalonadas	55
Capítulo IV - A Obrigatoriedade de Execução dos Procedimentos Escalonados de Resolução de Disputas na Jurisprudência Internacional	62
4.1. O Caso <i>Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.</i>	62
4.2. A Recente Decisão da Suprema Corte Federal da Suíça.....	66
4.3. O Caso <i>PepsiCo Investment Ltd. v. Sichuan Province Yun Lu Industrial Co. Ltd</i>	69
4.4. A Jurisprudência ICC	71
CONCLUSÃO	75
BIBLIOGRAFIA	78

Tabela de Abreviações

AAA.....	<i>American Arbitration Association</i>
ACICA.....	<i>Australian Centre for International Commercial Arbitration</i>
ADR.....	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
CDB.....	<i>Combined Dispute Board</i>
CIETAC.....	<i>China International Economic and Trade Commission</i>
Convenção de Nova York.....	<i>Convenção para o Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Internacionais</i>
DAB.....	<i>Dispute Adjudication Boards</i>
DRB.....	<i>Dispute Review Boards</i>
FIDIC.....	<i>Fédération Internationale des Ingenieurs-Conseils</i>
IBA.....	<i>International Bar Association</i>
ICC.....	<i>International Chamber of Commerce</i>
ICDR.....	<i>International Centre for Dispute Resolution</i>
LCIA.....	<i>London Court of International Arbitration</i>
OMPI.....	<i>Organização Mundial da Propriedade Intelectual</i>
SCC.....	<i>Stockholm Chamber of Commerce</i>
Séc.....	<i>Século</i>
U.S.C.....	<i>Code of Laws of the United States of America</i>
UNCITRAL.....	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>

INTRODUÇÃO

Este trabalho busca analisar a moderna problemática acerca da aplicação e interpretação das cláusulas escalonadas de resolução de disputas no âmbito do direito do comércio internacional. A utilização de procedimentos escalonados de resolução de disputas é, certamente, um dos temas mais controversos dentre as novas tendências de solução de controvérsias nas relações privadas internacionais.

Desde meados do séc. XX, a modernização das relações comerciais internacionais provocou enorme desenvolvimento do comércio transnacional, permitindo com que a economia mundial como um todo crescesse a níveis exponenciais, em especial no período pós-Segunda Guerra Mundial. Este desenvolvimento culminou na criação de novos e intrigantes paradigmas jurídicos, que contribuíram para a alteração da ordem comercial vigente até o final do séc. XIX. Estes novos *standards* jurídicos se perpetuaram com a chegada do séc. XXI. A alteração na ordem econômico-social oriunda do desenvolvimento tecnológico do final do séc. XX tornou de certa forma obsoleto o recurso à via judicial para a resolução de conflitos complexos, muito comuns na esfera comercial. O Poder Judiciário tornara-se moroso e as decisões não mais se atentavam aos princípios fundamentais e aos usos e costumes comerciais (também conhecidas como *lex mercatoria*).

Um maior apreço pela autonomia das vontades, base formadora e sustentadora da segurança e certeza nos negócios jurídicos transfronteiriços, fez aflorar os métodos alternativos de resolução de disputas. A negociação, a mediação, a conciliação e, principalmente, a arbitragem se situaram, por fim, como as opções preferidas dos *players* do comércio internacional, uma vez que, através delas, a solução de disputas comerciais parecia mais próxima de sua realidade.

O conceito de cláusulas escalonadas de resolução de disputas, objeto deste estudo, nasce neste contexto. São cláusulas escalonadas, em suma, aquelas que preveem estágios distintos, envolvendo procedimentos separados, cujo objetivo é a resolução de disputas.¹ O escalonamento de métodos de ADR (da sigla inglesa *Alternative Dispute Resolution*) mostrou-se um instrumento importante na solução de litígios no comércio internacional, uma vez que pode prever o emprego de métodos de composição de litígios *autocompositivos*, como a negociação, a mediação e a conciliação, e *adjudicatórios*, como a arbitragem, como meios de solução de controvérsias.

Contudo, como decorre da natureza de qualquer novo instrumento jurídico, alguns desafios emergem tanto da aplicação quanto da interpretação das cláusulas escalonadas. Questões acerca da autonomia, da eficácia jurídica e da obrigatoriedade de cumprimento do procedimento escalonado talvez sejam, hoje, os pontos de maior controvérsia na doutrina e na jurisprudência internacional. Diversas implicações daí se originam cuja relevância se dá, em especial, no campo internacional, onde as relações comerciais gozam de natureza fluída e insegura. Neste cenário, a possibilidade de escalonar procedimentos de ADR pode vir a representar um “porto seguro”, permitindo com que os participantes do comércio internacional venham a exercer a autonomia de suas vontades na confiança de que esta será respeitada na sua integralidade.

O objetivo deste trabalho é expor e analisar as diversas teorias e precedentes que buscam solucionar estes pontos sob a égide da principiologia do direito do comércio internacional, atuando como bússola na busca de uma solução que traga tanto segurança quanto certeza nas relações comerciais transnacionais. Deste modo, pretende-se aprofundar tal

¹ PRYLES, Michael. Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses. *Journal of International Arbitration*. vol. 18. nº. 2. Hong Kong: Wolters Kluwer. 2001. p. 159.

dogmática para que se entendam melhor os conceitos e soluções que compõem a aplicação e interpretação das cláusulas escalonadas de resolução de disputas no âmbito do direito comercial internacional.

A metodologia adotada neste trabalho passa pelo estudo analítico e comparado da doutrina e da jurisprudência acerca do tema, com foco nos ensinamentos e preceitos apresentados por autores internacionalistas, tanto brasileiros como estrangeiros, e precedentes de cortes judiciais e tribunais arbitrais estrangeiros. Assim, o objetivo é compreender como estes pontos são dissecados nas diversas jurisdições ao redor do mundo. Ao abordar a aplicação e interpretação do escalonamento de métodos de resolução de conflitos, busca o trabalho compreender como se dá o funcionamento destes instrumentos no plano transnacional, fornecendo subsídios para a utilização deste instituto sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro.

O trabalho é dividido em duas partes. Na primeira, abordar-se-á as questões envolvendo a aplicação das cláusulas escalonadas de resolução de disputas. O primeiro capítulo é dedicado à conceituação destas espécies de cláusula. O estudo analítico-conceitual de tais cláusulas se torna vital a fim de determinar o escopo de limitação do trabalho.

Importante, ainda no primeiro capítulo, demonstrar o papel prático das cláusulas escalonadas no comércio internacional do séc. XXI. Neste ponto, é necessária uma incursão acerca da conceituação legal dos clássicos métodos alternativos de resolução de conflitos, com foco especial na dicotomia entre os *autocompositivos*, como a negociação, a mediação e a conciliação, e os *adjudicatórios*, como a arbitragem. Pretende-se, também, examinar o constante desenvolvimento de outros métodos atípicos de resolução de disputas através de cláusulas multietapas, exercício cada vez mais comum no campo do direito comercial internacional. Neste ponto, merece especial atenção o estudo dos chamados *dispute boards*, práticas

hoje comuns nos grandes contratos internacionais, os quais possuem, eles próprios, características singulares.

No segundo capítulo, o alvo é o emprego da principiologia do direito do comércio internacional às cláusulas escalonadas. A compreensão de três dos princípios aplicáveis aos procedimentos escalonados de resolução de disputas é essencial ao seu estudo. A autonomia das vontades tem particular importância ao direito do comércio internacional, uma vez que a autonomia das vontades é um dos principais instrumentos na busca pela segurança e certeza no plano global.² O princípio da separabilidade das cláusulas de resolução de disputas, fruto da visão moderna de proteção jurídica dos métodos de ADR, garante a validade da cláusula de resolução de disputas independentemente de qualquer vício do qual padecer o negócio jurídico a que ela se referir. Já o terceiro princípio, também conhecido como “*kompetenz-kompetenz*”, é elemento fundamentador da jurisdição dos árbitros, uma vez que concede a estes a prerrogativa de decidir, eles próprios, sobre sua própria jurisdição.³

A segunda parte do trabalho tem a preocupação de abordar os mais atuais temas envolvendo a interpretação das cláusulas escalonadas de resolução de disputas no âmbito do direito do comércio internacional. No terceiro capítulo, buscar-se-á elencar os efeitos jurídicos das cláusulas escalonadas. A interpretação multifacetada destes dispositivos se origina da importância dada à redação das cláusulas quando da sua interpretação e eficácia, particularmente dentro do estudo da dicotomia entre os efeitos *contratuais* e *processuais* das *step clauses*.⁴

² Neste sentido, cf. ARAÚJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 24.

³ BLACKABY, Nigel et al.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5ª Edição. Nova York: Oxford University Press, 2009. p.347.

⁴ LEMES, Selma Ferreira. *Cláusula Escalonada, Mediação e Arbitragem*. Disponível em www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=84. Acesso em 4 jul. 2010.

O quarto capítulo tratará da obrigatoriedade de execução dos procedimentos escalonados de resolução de disputas na jurisprudência internacional. Uma das principais preocupações de autores e tribunais ao redor do mundo, a execução mandatória das cláusulas multietapas é tema tão interessante quanto controverso. Os efeitos do descumprimento de qualquer de seus estágios serão o foco deste capítulo, uma vez que certa divergência jurisprudencial ainda prevalece.

Por fim, após a apresentação de todos os conceitos acima elencados, pretende-se concluir o trabalho relacionando os temas apresentados com as considerações abordadas nesta introdução, a fim de se demonstrar a importância das cláusulas escalonadas e como a solução para sua problemática pode trazer segurança e certeza para os *players* do comércio internacional, tanto fora quanto dentro do Brasil.

PARTE I

A APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS ESCALONADAS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NO ÂMBITO DO DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Capítulo I

O Conceito de Cláusula Escalonada e o Papel dos Métodos Alternativos de Solução de Controvérsias no Âmbito do Direito do Comércio Internacional

1.1. Conceito

As cláusulas escalonadas, também conhecidas por cláusulas multietapas ou pelos nomes ingleses *multi-tiered* e *step clauses*, são aquelas que prevêm que eventuais litígios entre as partes serão dirimidos por meio de uma sequência escalonada de procedimentos alternativos de solução de disputas.⁵ Em outras palavras, as cláusulas escalonadas são dispositivos contratuais que estabelecem métodos de resolução de conflitos contratuais a partir do escalonamento de dois ou mais níveis contendo, cada um, uma forma distinta de ADR.⁶

O escalonamento de métodos de resolução de disputa encontra sua principal funcionalidade em contratos de longa duração e razoável complexidade, tais como nas áreas de infraestrutura, energia e *oil & gas*, bem como em grandes obras, inclusive sob a modalidade “*EPC/Turnkeys*”. Segundo José Emilio Nunes Pinto, estas relações jurídicas “integram

⁵ BERGER, Klaus Peter. Law and Practice of Escalation Clauses. *Arbitration International: Journal of the London Court of International Arbitration*. vol. 22. n°. 1. Londres: Kluwer Law International, 2006. p. 1.

⁶ Segundo Selma Ferreira Lemes: “As ADRs representam um conjunto de técnicas que surgiram nos EUA, a partir da ‘Pond Conference’ de 1976, para dar solução à crise em que se encontrava o aparato judicial nos EUA. Este movimento foi iniciado pelos setores empresariais e jurídicos”. LEMES, Selma Ferreira. As Peculiaridades e os Efeitos Jurídicos da Cláusula Escalonada: Mediação ou Conciliação e Arbitragem. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 360.

cadeias contratuais bastante complexas (...), onde o inadimplemento num contrato tem reflexo sobre os demais (...).⁷

Até o início do séc. XX, o contrato constituía forma adequada de se dar valor jurídico ao vínculo negocial, dando garantia e certeza às partes contratantes quanto à execução do que foi acordado, independentemente de qualquer variação, mercadológica ou não. A partir da segunda metade do séc. XX, o direito contratual, na mesma esteira da sociedade com um todo, que se desenvolveu em “progressões geométricas”,⁸ foi largamente influenciado pela crescente globalização e pelas novidades tecnológicas e econômicas que se sucederam. O direito dos contratos perdeu algumas das características que o marcavam até o século passado e, a partir dos anos 1950, se torna mais flexível. Nas palavras de Malaurie e Aynes, o contrato é, hoje:

“mais ou menos obrigatório, mais ou menos sinalagmático ou aleatório, mais ou menos sujeito à revisão, mais ou menos oponível a terceiros, sendo sua nulidade ou resolução mais ou menos extensa.”⁹

Portanto, apesar de ainda se manter como importante instrumento econômico, o contrato assume, hoje, outros papéis impostos pela própria sociedade moderna. A *função social* e as exceções ao *princípio da força obrigatória do contrato*, tais como as cláusulas *rebus sic standibus*, são bons exemplos desta nova dinâmica.¹⁰

O progresso econômico contemporâneo acarreta, ainda, na multiplicação dos riscos de negócio, tais como a volatilidade das moedas e a fluidez das taxas de juros. Estas questões, amplificadas nos contratos

⁷ PINTO, José Emilio Nunes. *O Mecanismo Multi-Etapas de Solução de Controvérsias*. Disponível em www.camarb.com.br/areas/subareas_conteudo.aspx?subareano=33. Acesso em 01 set. 2010.

⁸ WALD, Arnaldo. A Arbitragem Comercial e os Dispute Boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 2. n.º. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 10.

⁹ MALAURIE, P.; AYNES, L. *Apud* WALD, Arnaldo. Op. cit. p. 10.

¹⁰ WALD, Arnaldo. Op. cit. p. 11.

complexos e de longa duração, constituem o motivo pelo qual a busca pela eficiência na resolução de disputas tem vital importância.¹¹

A análise quanto à eficiência de um método de resolução de disputas deve ser feita tanto segundo a sua ótica econômica quanto jurídica. Através deste prisma, um método eficiente para resolver questões oriundas do direito contratual é aquele que busca evitar a resolução do contrato,¹² tendo como norte (i) o equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico; e (ii) a solução rápida e, na medida do possível, pacífica da disputa.

Segundo Luciano Timm, “o Direito, bem como o judiciário, afetam de forma clara a *performance* econômica e são imprescindíveis na análise econômica do direito.”¹³ A crescente complexidade dos contratos comerciais internacionais, bem como a atual necessidade de dirimir conflitos de maneira mais célere possível, parece não combinar com a concepção e o funcionamento do Poder Judiciário dos dias atuais. A longuíssima demora da justiça,¹⁴ bem como a frequente inadequação das decisões judiciais, torna de certa forma insuficiente a prestação jurisdicional em matéria comercial, sobretudo no plano transnacional. Deste movimento contemporâneo, cujo pilar é a eficiência, tanto jurídica quanto econômica, nasce os métodos alternativos de resolução de disputas.

1.2. Métodos Alternativos de Resolução de Disputas no Âmbito do Comércio Internacional

Antes de nos aprofundarmos no estudo das cláusulas escalonadas de resolução de disputas, é necessário compreender como funcionam, jurídica

¹¹ Ibid. p. 11.

¹² Ibid. p. 12.

¹³ TIMM, Luciano Benetti. *O Novo Direito Civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 115.

¹⁴ Wald, Arnoldo. Op. cit. p. 12.

e praticamente, os métodos alternativos de resolução de disputas que as compõem.

A doutrina contemporânea conceitua os métodos de ADR como “todos os procedimentos que permitem resolver conflitos ou disputas extrajudicialmente, de forma pacífica e legal, reservando papel preponderante às partes no conflito.”¹⁵ Os autores os diferenciam, ainda, em duas subcategorias: os métodos *autocompositivos* e *adjudicatórios* de resolução de disputas.¹⁶

1.3. Métodos Autocompositivos de Resolução de Disputas

Os métodos *autocompositivos* de resolução de disputas visam atingir um acordo a partir da vontade das partes em transigir, dentro de um procedimento amigável, não-adversarial e não-adjudicatório. Dentre estes métodos, destacam-se a negociação, a mediação e a conciliação.

A escolha pela negociação nada mais é do que assumir a obrigação de negociar, dentro dos limites da boa-fé, qualquer ponto de discórdia oriundo do contrato.¹⁷ A obrigação das partes nestes casos é reconhecida pela maioria da doutrina como uma obrigação de meio, cuja principal característica é que as partes se engajem em discussões bilaterais, ou seja, sem a participação de qualquer terceiro, a fim de aparar arestas e deliberar sobre eventuais adaptações necessárias ao contrato.¹⁸ Em muitas jurisdições, principalmente em países de *common law*, a opção pela

¹⁵ LEMES, Selma Ferreira. As Peculiaridades e os Efeitos Jurídicos da Cláusula Escalonada: Mediação ou Conciliação e Arbitragem. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 360.

¹⁶ Id. *Cláusula Escalonada, Mediação e Arbitragem*. Disponível em www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=84. Acesso em 4 jul. 2010.

¹⁷ CHAPMAN, Simon. Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith. *Journal of International Arbitration*. vol. 27. n.º. 1. Hong Kong: Wolters Kluwer, 2010. p. 90.

¹⁸ LAGARDE, Xavier. L'Efficacité des Clauses de Conciliation ou de Médiation. *Revue de l'arbitrage*. n.º. 3. Paris: Librairies Techniques, 2000. p. 379.

negociação é considerada um “*agreement to agree*”, e, portanto, não vincula as partes ao seu cumprimento.¹⁹

Já a mediação e a conciliação se baseiam na atuação de um terceiro,²⁰ o *mediador* ou o *conciliador*, que, imbuídos de conhecimento e especialização na resolução de litígios, compõem a principal ferramenta para se atingir um acordo entre as partes. Trata-se de forma não adjudicatória, assim como a negociação, e de natureza propriamente contratual.²¹

Em primeiro lugar, cabe a ressalva de que persiste, ainda, na doutrina e jurisprudência internacional, o questionamento acerca das diferenças materiais entre os institutos da mediação e da conciliação. Geralmente, utiliza-se os termos “mediação” e “conciliação” como sinônimos, sendo difícil, portanto, a sua diferenciação.²² A própria *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*, lei-modelo internacional que trata sobre o tema, trata conciliação e mediação como sinônimos.²³ Seriam ambas, portanto, formas análogas de resolução de disputas.

No entanto, segundo alguns autores, restariam diferenças no tocante à atuação do mediador e do conciliador.²⁴ A posição dada aos conciliadores conferiria a estes a possibilidade de agir de forma ativa no procedimento de conciliação.²⁵ Em outras palavras, o conciliador tem a prerrogativa de propor às partes eventuais acordos, de forma a influir diretamente nas

¹⁹ Neste sentido, cf. CHAPMAN, Simon. Op. cit. p. 92.

²⁰ HANESSIAN, Grant; NEWMAN, Lawrence W. (Org.). *International Arbitration Checklist*. 2ª Edição. Nova York: JurisNet, 2009. p. 4-5.

²¹ LAGARDE, Xavier. Op. cit. p. 379.

²² OPPETIT, Bernard. *Sur le concept d'arbitrage*. Apud. LAGARDE, Xavier. Op. cit. p. 378.

²³ Art. 1 (3) da *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*. Disponível em www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf. Acesso em 1º nov. 2010.

²⁴ Ibid. p. 362-363.

²⁵ Neste sentido, cf. SGUBINI, Alessandra; PRIEDITIS Mara; MARIGHETTO Andrea. *Arbitration, Mediation and Conciliation: differences and similarities from an International and Italian business perspective*. Disponível em: www.mediate.com/articles/sgubinia2.cfm. Acesso em 1º out. de 2010.

tratativas. No tocante a mediação, entende a doutrina que sua posição não permite tamanha pró-atividade, sendo ele apenas um elemento “facilitador”, auxiliando na formação do acordo, que dependerá exclusivamente da vontade das partes em transigir.²⁶ Não é possível, portanto, a propositura, por parte do mediador, de acordos para que sejam estes ratificados pelas litigantes.

Quanto à natureza das cláusulas de mediação ou conciliação, Xavier Lagarde vislumbra três elementos que marcam a especificidade destas cláusulas, quais sejam: (i) a existência de uma “contestação”, ou, no melhor sentido, uma lide; (ii) implementação de um procedimento para, de forma amigável, pôr fim a tal litígio, e (iii) O objetivo de, ao fim deste procedimento, se chegar a um acordo.²⁷

Segundo Lagarde, o primeiro elemento se refere à existência de um lide, ou seja, de uma “(...) *pretention se heurtant à la résistance de celui à l'encontre de que elle est formulée (...)*”,²⁸ que seria o principal critério diferenciador entre as cláusulas de conciliação e mediação e as de negociação, que produzem seus efeitos ainda antes de constituída a lide.²⁹

As cláusulas de negociação, então, diferem substancialmente das cláusulas de mediação e conciliação, uma vez que aquelas não são mais do que um meio de evitar contratualmente as surpresas da imprevisão, de forma a preservar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato,³⁰ enquanto que as cláusulas de mediação e conciliação impõem uma ordem procedimental cujo fim é a solução de determinado litígio oriundo de relação contratual. Deste modo, não há que se falar nas cláusulas de

²⁶ ERLANK, Wian. *Enforcement of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses*. Stellenbosch. 2002. p. 6. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de Stellenbosch.

²⁷ LAGARDE, Xavier. Op cit. p. 379.

²⁸ Ibid. p. 379-380.

²⁹ Ibid. p. 380.

³⁰ Ibid. p. 380.

mediação e conciliação como formas modernas de cláusulas de negociação,³¹ mas sim instrumentos eficazes e autônomos de solução de controvérsias contratuais.³²

O segundo elemento das cláusulas de mediação e conciliação, segundo Lagarde, é a instalação de um procedimento próprio, estabelecido por meio da vontade das partes. Deste modo, entende-se que o objeto da cláusula de mediação e conciliação não é a obrigatoriedade do acordo, mas sim a instalação de um procedimento conciliatório, de modo que este facilite a abertura de discussões amigáveis³³ e leve, *in fine*, ao acordo entre as litigantes.³⁴ Logo, as cláusulas de conciliação ou mediação tem por objeto o afastamento, ainda que parcial ou temporário, da jurisdição adjudicatória das cortes ou dos tribunais arbitrais em prol da autocomposição que dependerá, ao final, da vontade das partes em conciliar.³⁵

O terceiro e derradeiro elemento elencado por Lagarde se relaciona ao resultado final do procedimento de mediação ou conciliação - qual seja, o acordo. Assevera, ainda, o autor que este acordo tem natureza contratual ou convencional.³⁶ Isto significa afirmar que o instrumento conciliatório funciona como um negócio jurídico próprio e, por conseguinte, se torna *fonte de direitos e obrigações* entre as partes.³⁷

³¹ PAULSSON, Jan. L'adaptation du contrat. *Revue de l'arbitrage*. n.º. 2. Paris: Librairies Techniques, 1984. p. 249.

³² LAGARDE, Xavier. Op. cit. p. 380-381.

³³ *Ibid.* p. 382.

³⁴ Neste sentido, cf. SEVERIN, Evelyne; LASCOURNES, Pierre et LAMBERT, Thierry. *Transactions et pratiques transactionnelles*. Economica: Paris, 1987. p. 19-21.

³⁵ ERLANK, Wien. Op. cit. p. 6.

³⁶ LAGARDE, Xavier. Op. cit. p. 383.

³⁷ Assevera Gaius, no Comentário III, n.º 88, das *Institutiones*, "*obligationes aut ex contractu nascuntur (...)*." PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. III. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Os acordos são, portanto, contratos submetidos ao seu regime de proteção e execução.³⁸ Tal conclusão é o que nos permite afirmar que a mediação ou conciliação são, portanto, formas de *autocomposição* de litígios, que distinguem-se das formas de adjudicação - como a arbitragem, por exemplo - uma vez que estas produzem, ao final do procedimento, decisões finais e vinculantes, que, em diversas jurisdições, têm, inclusive, natureza de título executivo judicial.³⁹

Em se tratando de cláusulas escalonadas, os métodos *autocompositivos* têm relevante papel, uma vez que atingem seu pleno funcionamento dentre os primeiros estágios do procedimento escalonado. Justamente por sua característica não-adversarial, tendem estes a “filtrar” divergências menores,⁴⁰ impedindo o seu desenvolvimento em grandes e complexas controvérsias, reduzindo custos e aumentando a eficiência na resolução de conflitos contratuais no comércio internacional.

1.4. Métodos Adjudicatórios de Resolução de Disputas

Os métodos *adjudicatórios* de resolução de disputas tem como principais características a adversarialidade e a resolução da lide de forma final. As decisões adjudicatórias, tais como os laudos arbitrais, tem como características gerais (i) terem sido proferidas dentro de um procedimento alternativo de solução de controvérsias, bem como (ii) serem, por sua natureza, decisões finais e obrigatórias entre as partes.⁴¹ Trata-se, portanto, do real exercício da jurisdição de forma privada.⁴² A principal espécie de método adjudicatório é, hoje, a arbitragem.

³⁸ LAGARDE, Xavier. Op. cit. 383.

³⁹ Na legislação comparada, cf., no Brasil, Art. 31 da Lei nº 9307/96 (Lei de Arbitragem) e Art. 475-N, IV da Lei nº 5869/73 (Código de Processo Civil), alterada pela Lei nº 11.232/05; Na Alemanha, Seção 1055 do Código de Processo Civil Alemão.

⁴⁰ BERGER, Klaus Peter. Op. cit. p.1.

⁴¹ MISTELIS, Loukas. *Concise International Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2010. p. 3.

⁴² Neste sentido, cf. DIDIER Jr., Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. 10ª Edição. Salvador: Podium, 2008. p. 81. Em que pese o entendimento, existe corrente doutrinária em

Os métodos *adjudicatórios*, em geral, comportam o *step* final no procedimento escalonado contido nas cláusulas multietapas. Portanto, é bastante provável que as partes se obriguem, quando optarem por cláusula escalonada em contrato, a dirimir a lide de forma final pela arbitragem depois de encerrada as tentativas de resolução amigável da disputa.

A escolha pelo método de solução de controvérsias contratuais se dá, de uma forma geral, pela vontade das partes. O contrato, como expressão máxima do princípio da autonomia das vontades, pode prever, em seu bojo, a forma de finalmente dirimir conflitos preferida pelas partes.⁴³ No caso do método clássico de adjudicação em ADR – a arbitragem – sua existência é verificada através da celebração de cláusula compromissória (antes de posta a lide) ou de compromisso arbitral (quando já existente o litígio).⁴⁴

A natureza consensual dos métodos adjudicatórios, ao mesmo tempo que concede validade, funciona como norte à busca pela eficiência na solução das controvérsias oriundas dos contratos. Deste ambiente nasce a possibilidade de exercício da jurisdição de forma privada, através, principalmente, do instituto da arbitragem.

A definição do instituto da arbitragem é, em geral, ampla e bastante debatida na doutrina internacionalista. Para Irineu Strenger, pioneiro no

sentido contrário, para a qual a arbitragem é, na realidade, o exercício da renúncia de jurisdição pelas partes contratantes. Neste sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 147 e segs.

⁴³ A possibilidade de eleição de foro judicial em contratos internacionais é reconhecida na maioria das jurisdições estrangeiras. Neste sentido, cf. TIMM, Luciano Benetti. A cláusula de eleição de foro *versus* a cláusula arbitral em contratos internacionais: qual é a melhor opção para a solução de disputas entre as partes? *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 3. n.º. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 20-38. Porém, em alguns países, como no Brasil, p. ex., ainda hesita-se, seja na legislação ou na jurisprudência, em permiti-la. Neste sentido, cf. REsp 251.438/2000 – RJ (Min. Relator: Barros Monteiro) e REsp 804.306/2008 – SP (Min. Relatora: Nancy Andriighi).

⁴⁴ Neste sentido, Art. 7 (1) da *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*; e BLACKABY, Nigel et al.. Op cit. p. 86.

estudo do direito do comércio internacional no Brasil, a arbitragem consiste em:

“(...) sistema de solução de controvérsias, desde pequenos litígios pessoais até grandes controvérsias empresariais ou estatais, em todos os planos do Direito, que expressamente não estejam excluídos pela legislação.”⁴⁵

Philippe Fouchard conceitua a arbitragem a partir de dois elementos fundamentais do instituto:

“In our view, arbitration should be defined by reference to two constituent which commentators and the courts unanimously recognize. First, the arbitrators’ task is to resolve a dispute. Second, the source of its judicial role is a contract: the arbitrators’ power to decide a dispute originates in the common intention of the parties. Thus, arbitration comprises both a judicial and a contractual element.”⁴⁶

Gary Born, um dos *leading scholars* em arbitragem internacional, define o instituto a partir de suas principais características:

“First, arbitration is generally *consensual* – in most cases, the parties must agree to arbitrate their differences. Second, arbitrations are resolved by *non-governmental decision-makers* – arbitrators do not act as state judges or government, but are private persons ordinarily selected by the parties. Third, arbitration produces a *binding award*, which is capable of enforcement through national courts – not a mediator’s or conciliator’s non-binding recommendation. Finally, arbitration is comparatively *flexible*, as contrasted to most court procedures.”⁴⁷

Já segundo Alan Redfern e Martin Hunter, “*Arbitration, in short, is na effective way of obtaining a final and binding decision on a dispute or series of disputes, without reference to a court of law.*”⁴⁸

Ao explicar esta conceituação, concluem os autores que:

“Parties who are in a dispute agree to submit their disagreement to a person whose experience or judgement they trust. They each put their respective cases to this person – this private individual, the arbitrator – who listens, considers the

⁴⁵ STRENGER, Irineu. *Arbitragem Comercial Internacional*. São Paulo: LTR, 1996, p. 33.

⁴⁶ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Orgs.). *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 11.

⁴⁷ BORN, Gary. *International commercial arbitration: commentary and materials*. 2ª Edição. Haia: Kluwer Law International, 2001. p. 1.

⁴⁸ BLACKABY, Nigel et al.. Op. cit. p. 1.

facts and the arguments, and then makes a decision. That decision is final and binding on the parties; and it is binding because the parties have agreed that it should be, rather than because of the coercive power of any state.”⁴⁹

Desta forma, é possível concluir que a arbitragem é um meio privado de exercício da jurisdição, com origem na manifestação de vontade das partes em submeter a lide a decisão de terceiros – os “árbitros” – a fim de obter uma decisão final e vinculante acerca do litígio posto.

O instituto da arbitragem como o método adjudicatório de resolução de disputas que conhecemos hoje se desenvolveu entre os comerciantes europeus,⁵⁰ classe esta que permitia às partes dirimir litígios de forma privada. Os laudos arbitrais, além de mais céleres do que as decisões judiciais, se voltavam à proteção dos princípios uniformes de comércio, de modo a satisfazer, na medida do possível, os litigantes.⁵¹ A partir daí, a arbitragem expandiu-se constantemente, tornando-se, hoje, a principal forma de solução de conflitos contratuais no plano internacional.

⁴⁹ Ibid. p. 1.

⁵⁰ Os primeiros relatos da existência da arbitragem surgem nas *polis* gregas durante o período helênico. O *árbitro*, quando chamado a resolver determinada controvérsia, decidia a lide de modo breve, sem se atrelar à quaisquer normas processuais ou procedimentais. Segundo Aristóteles, o árbitro visava à *equidade*, enquanto que o juiz visava à *lei*. Em Roma, a arbitragem se torna uma extensão do poder do Estado, constituindo a chamada *justitia bonae fidae*. Segundo José Cretella Neto, “o Pretor outorgava às partes o emprego da *actio bonae fidei* e, sem ficar preso às formulas, o árbitro julga – *arbites in causa bonae fidei* – conforme o que lhe pareça mais consentâneo com a fórmula estabelecida.” Mais tarde, a arbitragem ganha força na Europa durante a Idade Média. Com o desenvolvimento das camadas burguesas, a partir da expansão comercial proporcionada pelo início do período das grandes navegações, a popularização do instituto no âmbito comercial se torna cada vez mais crescente. A Europa passava por um período de fragmentação territorial, onde os feudos e reinos eram demarcadores de propriedade. Ainda não se encontrava estabelecido o conceito de Estado-nação, e menos ainda a idéia de uma legislação internacional. Cada feudo possuía suas próprias regras, que em geral eram bastante diferentes das regras vigentes nos outros feudos. Essa realidade prejudicava bastante o desenvolvimento do comércio no território europeu. A solução passava, necessariamente, pela constituição de um meio de resolução de conflitos comerciais completamente independente dessas regras feudais, onde prevalecesse a lei do mercado, ou seja, aquele grupo de normas supraleais oriundos da prática comercial, também denominadas *lex mercatoria*. Neste sentido, cf. NETO, José Cretella. *Curso de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 5-12.

⁵¹ Neste sentido, cf. JUENGER, Friedrich K. *The Lex Mercatoria and Private International Law*. Louisiana Law Review. nº 60. Louisiana: WestLaw, 2000.

No âmbito do estudo das cláusulas escalonadas, a arbitragem tem papel fundamental. Na grande maioria dos casos, o nobre papel de finalmente dirimir a lide cabe à arbitragem.⁵²

1.5. Novas tendências: Os *Dispute Boards* nos Contratos Internacionais

Se a possibilidade de escolha dos métodos ou técnicas de resolução de conflitos contratuais levou a criação das cláusulas escalonadas, estas também deram origem, de certa forma, a outras formas criativas de solução de disputas contratuais. Uma das mais interessantes tendências nesta área é a criação dos chamados *dispute boards*.

Os *dispute boards* são painéis de natureza informal, compostos por *experts* indicados pelas partes. Estes painéis têm como principal serviço a assistência, de forma independente e especializada, na resolução de divergências de natureza técnica, oriundas, em sua grande maioria, dos contratos de construção.⁵³ Suas decisões podem ser vinculantes ou não; caberá às partes definir, de comum acordo, se as decisões do *board* serão obrigatórias ou não entre elas.⁵⁴ O *dispute board* tem como finalidade evitar tanto a quebra do clima harmônico e construtivo entre as partes quanto potenciais conflitos,⁵⁵ bem como impedir que a demora das decisões judiciais ou arbitrais afetem estas grandes estruturas que, em geral, não comportam atrasos na execução dos contratos.⁵⁶

Em geral, requer-se que o *board* seja instituído imediatamente, logo no início das obras. Desta forma, seus membros podem acompanhar os

⁵² Cf. o Capítulo IV deste trabalho.

⁵³ CREMADES, Bernardo M. Multi-tiered Dispute Resolution Clauses. *CPR Institute for Dispute Resolution*. New York: CPR Institute for Dispute Resolution. p. 2-5.

⁵⁴ ROSA, Pésio Thomaz Ferreira. Os *Dispute Boards* e os *Contratos de Construção*. Disponível em www.frosa.com.br/docs/artigos/Dispute.pdf. Acesso em 6 out. 2010.

⁵⁵ CREMADES, Bernardo M. Op. cit. p. 4.

⁵⁶ WALD, Arnaldo. Op. cit. p. 19.

trabalhos desde o princípio, familiarizando-se com os detalhes do projeto, mantendo contato constante com as partes e visitando regularmente o *site* da obra, em especial em seus momentos críticos.⁵⁷

São, portanto, vantagens da opção pelos *dispute boards* (i) a possibilidade de técnicos imparciais acompanharem a execução do contrato desde o seu primórdio, (ii) estar próximo às partes e aos fatos relevantes da construção, (iii) ser o *board* constituído antes de surgir qualquer lide ou conflito⁵⁸ e, em especial, (iv) poder examinar, de forma mais eficiente, célere e técnica, as divergências existentes.⁵⁹

Os *dispute boards* diferem da arbitragem uma vez que na última a lide já se encontra posta entre as partes,⁶⁰ cabendo ao tribunal arbitral solucioná-la, e não prevení-la. Os *boards* ficarão encarregados de resolver questões técnicas que possam vir a afetar a execução do contrato antes da propositura do procedimento arbitral.

Este instituto tem sua origem no projeto dos diques de *El Cajon*, em Honduras - obra financiada pelo Banco Mundial. A instituição percebeu, logo no início dos trabalhos, a necessidade de intervenção de *experts* de modo a solucionar potenciais disputas entre as partes.

Desde 1995, com o advento do primeiro *Standard Bidding Documents for Procurement of Works*, todos os financiamentos de obras realizados pelo Banco Mundial e seus órgãos subsidiários requerem a inclusão de “*mechanisms such as dispute review boards and adjudicators (...) designed to permit a speedier dispute settlement.*”⁶¹ Em 2000, com a

⁵⁷ Neste sentido, cf. FIDIC Orange Book – Appendix A, Cláusula 1 do Model Terms of Appointment for a Dispute Adjudication Board.

⁵⁸ ROSA, Pésio Thomaz Ferreira. Op cit.

⁵⁹ WALD, Arnold. Op. cit. p. 18.

⁶⁰ Neste sentido, cf. HANESSIAN, Grant; NEWMAN, Lawrence W. (Org.). Op. cit. p. 6.

⁶¹ Section 2.42. do World Bank Guidelines for Procurement under IBRD Loans and IDA Credits (1999). Disponível em:

publicação do novo *Standard Bidding Documents for Procurement of Work*, a autoridade dos *dispute boards* aumentou, possibilitando a tomada de decisões vinculantes e obrigatória entre as partes, caso a divergência não seja proposta para deliberação do tribunal arbitral dentro de quatorze dias.⁶²

A *Fédération Internationale Des Ingenieurs-Conseils* (FIDIC), uma das principais instituições de engenharia do mundo, introduziu os *dispute boards* como alternativa de resolução de disputas com a publicação, em 1996, do suplemento ao *Red Book* de 1987. Este livro serve como guia para a utilização do *FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction*, um dos principais contratos-modelo na área de construção, muito utilizado em grandes projetos de engenharia ao redor do mundo.

Em 1999, a instituição publicou um novo *framework* de contratos-modelo.⁶³ Todos estes documentos estabelecem, em sua Cláusula 20, um sistema binivelado para a solução de controvérsias, no qual as partes devem submeter quaisquer litígios oriundos do contrato primeiramente à consideração de um *dispute board*. Nesta hipótese, o *board* funciona como pré-condição necessária à instituição da arbitragem; não levar a questão ao painel impede a propositura da demanda perante o tribunal arbitral.⁶⁴ Porém, caso a decisão, ainda que vinculante, gere insatisfação de qualquer litigante, a parte sucumbente poderá, dentro de um prazo determinado, requerer que os árbitros decidam, de forma final, o litígio.

A *International Chamber of Commerce* (ICC), atenta ao desenvolvimento de novas formas de solução de disputas no comércio

web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,contentMDK:20060840~pagePK:84269~piPK:60001558~theSitePK:84266,00.html. Acesso em 1º nov. 2010.

⁶² CREMADES, Bernardo M. Op. cit. p. 3.

⁶³ São eles: (a) *Conditions of Contract for Construction*; (b) *Conditions for Plant and Design Build*; (c) *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*; e (d) *Short Form Contract*.

⁶⁴ CREMADES, Bernardo M. Op. cit. p. 3.

internacional, instituiu, em 2004, as *Rules for Dispute Resolution Boards*.⁶⁵ Interessante inovação proposta pela ICC foi a possibilidade de opção entre *boards* (i) que emitam decisões vinculantes (*Dispute Adjudication Boards*); (ii) que emitam decisões não-vinculantes (*Dispute Review Boards*) e (iii) mistos, decidirão eles próprios qual a forma de decisão mais apropriada (*Combined Dispute Board*).

As decisões do *Dispute Adjudication Boards* (DAB) são finais e obrigatórias entre as partes.⁶⁶ Porém, caso qualquer um dos litigantes reste insatisfeito e sinta a necessidade de revisão da decisão, a demanda poderá ser proposta em arbitragem.⁶⁷ Interessante notar, ainda, que as partes se mantêm contratualmente obrigadas pela decisão do *board* até que uma decisão final seja decidida pelo tribunal adjudicador.⁶⁸ Caso não haja recurso da decisão do DAB, fica estabelecido que as partes renunciaram ao seu direito de apresentar a causa perante um tribunal arbitral ou estatal.⁶⁹

Já os *Dispute Review Boards* (DRB) emitem “recomendações”,⁷⁰ que podem ou não ser cumpridas voluntariamente pelas partes, mas não impõem qualquer obrigação às mesmas até que a decisão final sobre o potencial litígio seja tomada pelo tribunal arbitral.⁷¹ Porém, assim como no DAB, se nenhuma das partes recorrer da recomendação do DRB, entende-se que houve renúncia, pelas partes, ao seu direito.⁷²

Inovadora é a hipótese dos *Combined Dispute Board* (CDB). Sob esta modalidade, caberá ao CDB decidir, caso não haja acordo entre as

⁶⁵ Disponível em www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/db_rules_2004.pdf. Acesso em 1º nov. 2010.

⁶⁶ Art. 5 (1) e (2) do ICC *Dispute Board Rules*.

⁶⁷ Art. 5 (6) do ICC *Dispute Board Rules*.

⁶⁸ Art. 5 (6) do ICC *Dispute Board Rules*.

⁶⁹ Art. 5 (3) do ICC *Dispute Board Rules*.

⁷⁰ Art.4 (1) do ICC *Dispute Board Rules*.

⁷¹ Art. 4 (2) do ICC *Dispute Board Rules*.

⁷² Art. 4 (3) do ICC *Dispute Board Rules*.

partes,⁷³ se a decisão será vinculante ou não.⁷⁴ Esta deliberação levará em conta os fatos e circunstâncias do caso a fim de apurar se uma decisão vinculante: (i) facilitará a execução do contrato ou evitará prejuízo substancial à uma das partes, em casos de urgência ou outras considerações relevantes; (ii) evitará o término do contrato; e (iii) é necessária para a preservação de provas.⁷⁵ Seu funcionamento dependerá, então, da natureza da decisão do *board*: caso ele venha a emitir uma “recomendação”, ela se regerá pelas regras dos DRB; caso o CDB resolva a questão de forma vinculante, se pautará pelo regulamento dos DAB.

Cumprindo ainda ressaltar a importância dos *dispute board* nos grandes contratos transnacionais e, em especial, nas grandes obras e projetos de construção.⁷⁶ Em primeiro lugar, prevalecendo a *expertise* na composição dos *boards*, as decisões por ele proferidas, sejam vinculantes ou não, terão embasamento eminentemente técnico e poderão, ao fim, efetivamente resolver divergências pré-litigiosas. Além disso, a opção pelos *dispute boards* permite que os contratantes efetivamente moldem sua aplicação e procedimento em contrato. Desta forma, estes painéis se tornam de tal maneira flexíveis que impedem eventuais paralisações durante as construções⁷⁷ - efeito este resultante também das decisões céleres e técnicas produzidas pelo *board*, reduzindo os custos e atrasos do projeto. Afinal, conforme alude o Prof. Arnoldo Wald, “o tempo do *dispute board* é diferente do tempo da justiça e da arbitragem (...).”⁷⁸

Esta mesma flexibilidade dos *boards* permite que a doutrina vislumbre a aplicação destes institutos em outros contratos que não os de engenharia e construção. Fornecimentos a longo prazo, prestações de

⁷³ Art. 6 (2) do ICC *Dispute Board Rules*.

⁷⁴ Art. 6 (3) do ICC *Dispute Board Rules*.

⁷⁵ Art. 6 (3) do ICC *Dispute Board Rules*.

⁷⁶ WALD, Arnoldo. Op. cit. p. 20.

⁷⁷ Ibid. p. 21.

⁷⁸ WALD, Arnoldo. Op. cit. p. 20.

serviços, estatutos sociais e acordos de acionistas são, segundo os autores, excelentes oportunidades para instituir os *boards*.⁷⁹ Em suma, a inovação trazida pela criação dos *dispute boards* tem potencial para se irradiar às diversas outras áreas do comércio internacional, tornando os *boards* ainda mais importantes no âmbito do direito comercial transnacional.

⁷⁹ Ibid. p. 20.

Capítulo II

A Principiologia do Direito do Comércio Internacional

Dentro do estudo da regulamentação do comércio transnacional, diversos princípios vêm a tona, cuja funcionalidade transpassa sua mera análise conceitual. O estudo da principiologia do direito do comércio internacional aplicada às cláusulas escalonadas de resolução de disputas tem, portanto, um viés prático: compreender a natureza do instituto através do valor de seus princípios. Assim, a análise dos principais valores axiológicos do direito comercial transfronteiriço, tais como os princípios abordados a seguir, serve como inspiração e fundamento ao entendimento do papel das *step clauses* no plano internacional.

2.1. O Princípio da Autonomia das Vontades

O princípio da autonomia da vontade das partes em matéria contratual tem sua origem na própria natureza voluntária dos contratos. Nas palavras de Caio Mário:

“Filho da vontade humana, o negócio jurídico é a mais alta expressão do subjetivismo, se atentarmos em que o ordenamento jurídico reconhece à atividade volitiva do homem o poder de criador de efeitos no mundo do direito.”⁸⁰

Apesar de sofrer determinadas limitações, como o desenvolvimento da teoria da *função social* do contrato e a *relativização* dos efeitos do *pacta sunt servanda*, a autonomia das vontades ainda reina como soberano fundamentador do negócio jurídico, segundo preconiza a teoria clássica do direito dos contratos.⁸¹

⁸⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol I. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 480.

⁸¹ Segundo Serpa Lopes, “na teoria clássica, todo o edifício do contrato assenta na vontade individual, que é a razão de ser da sua força obrigatória.” SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. vol. III. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 33.

No âmbito internacional, a autonomia da vontade, que aparece nos escritos a partir do séc. XVI, decorre justamente dos conceitos de liberdade, tanto subjetiva como objetiva, de contratar.⁸² A partir do séc. XIX, estes preceitos se desenvolveram dentro da noção de *poder da vontade e livre-arbítrio*, consubstanciado pelo ambiente de liberalismo econômico e da filosofia kantiana reinante àquela época.⁸³

A doutrina clássica vislumbra, ainda, três espectros do princípio da autonomia das vontades nas relações jurídico-contratual, quais sejam:⁸⁴ (i) o arbítrio dado às partes de decidir, segundo seu interesse e conveniência, se e quando firmarão um contrato ou negócio jurídico; (ii) a possibilidade da escolha da(s) pessoa(s) com quem contratar; e (iii) o poder de fixar, a partir da negociação e manifestação expressa de vontade mútua, o conteúdo do contrato, “redigidas suas cláusulas ao sabor do livre jogo das conveniências dos contratantes.”⁸⁵

No tocante às cláusulas escalonadas, o imperativo da vontade aparece, *prima facie*, de duas formas: (i) como princípio *fundamentador* da própria possibilidade de eleição de métodos escalonados de resolução de disputas no âmbito contratual; bem como (ii) o amplo poder dado às partes contratantes de estabelecer, a seu critério e de forma livre e consensual, o conteúdo obrigacional do contrato, dentro dos limites estabelecidos na lei.⁸⁶ É desta liberdade de contratar, portanto, que nasce a possibilidade de criação de métodos alternativos de resolução de disputas contratuais através do próprio negócio jurídico, bem como seu escalonamento.

⁸² Neste sentido, cf. ARAÚJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 43.

⁸³ KAYSER, P. L'autonomie de la volonté en droit international prive dans la jurisprudence française. Apud ARAÚJO, Nadia de. Op. cit. p. 45.

⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. III. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 22-23.

⁸⁵ Ibid. p. 23.

⁸⁶ JACQUET, Jean-Michel. Principe de l'autonomie de la volonté et contrats internationaux. Apud. ARAÚJO, Nadia de. Op. cit. p. 51.

O reconhecimento da autonomia da vontade como princípio substancialmente aplicável às chamadas *step clauses* é presente em diversas legislações internacionais e em alguns regulamentos de câmaras arbitrais.⁸⁷ Cumpre ressaltar, ainda, a importância dada pela jurisprudência estrangeira à sua aplicação, inclusive como elemento mantenedor da ordem regulamentadora do comércio internacional.⁸⁸

A autonomia das vontades é, portanto, não só mola propulsora da arbitragem,⁸⁹ mas também das demais formas de ADR. A negociação, a mediação e a conciliação somente poderão ser utilizadas se incluídas em contrato.⁹⁰ Daí a importância de analisar as cláusulas escalonadas de resolução de disputas sob a ótica da autonomia da vontade das partes quanto à criação, modificação e extinção dos negócios jurídicos.

2.2. O Princípio da Separabilidade das Cláusulas de Resolução de Disputas

O princípio da separabilidade é, talvez, o principal garantidor da existência dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Alude a referida norma axiológica ao entendimento de que as cláusulas de resolução de disputas são entidades separadas do contrato na qual elas estão incluídas.⁹¹

⁸⁷ Cf. Art. 2 (a) (1) do ICC *ADR Rules*, disponível em www.iccwbo.org/drs/english/adr/. Acesso em 04 out. 2010; e Art. 13 da *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*.

⁸⁸ Neste sentido, cf. o voto de *Lord Mustill* no caso *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.*, onde se lê, *in verbis*: “*In the interest of the ‘orderly regulation of international commerce (...), having promised to take their complaints to the experts and if necessary to the arbitrators, that is where the appellants should go.’*” Cf., ainda, PALMER, Eduardo; LOPEZ, Eliana. *The Use of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in Latin America: Questions of Enforceability*. *The American Review of International Arbitration*, n° 14. Nova York: Juris Publishing, 2003. p. 285.

⁸⁹ LEMES, Selma Ferreira. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. *Revista do Advogado*. n° 51. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo. 1997. p. 32.

⁹⁰ Neste sentido, cf. Art. 1 do ICC *ADR Rules*.

⁹¹ BLACKABY, Nigel et al.. *Op. cit.* p. 117.

Estes dispositivos são, pois, acordos dotados de independência e autonomia, independentemente de integrarem fisicamente o mesmo instrumento jurídico do contrato em si. Importa dizer, então, que qualquer vício que venha a afetar o negócio jurídico principal, bem como qualquer fato que gere a inexistência, invalidade ou ineficácia do contrato não afetará, *a priori*, as disposições relativas à solução de controvérsias.

O princípio da separabilidade – também conhecido em determinadas jurisdições como o princípio da independência das cláusulas de solução de controvérsias – tem como finalidade evitar justamente a inutilidade prática destas espécies de cláusulas.⁹² Caso a inexistência, invalidade ou ineficácia do negócio jurídico principal eivasse do mesmo defeito as cláusulas de resolução de disputas, seriam estas impedidas de cumprir a sua finalidade principal: dirimir litígios oriundos do contrato. Deste modo, a insegurança – especialmente em um ambiente de freqüente instabilidade como o do comércio internacional - tomaria conta da relação jurídica.⁹³ Alan Refern e Martin Hunter, ao tratarem da aplicação do referido princípio às cláusulas compromissórias, afirmam que:

“Indeed, it would be entirely self-defeating if a breach of contract or a claim that the contract was voidable was sufficient to terminate the arbitration clause as well; this is one of the situations in which the arbitration clause is most needed.”⁹⁴

A doutrina percebe a dicotomia entre o contrato principal e as cláusulas de resolução de disputas no campo prático. A separabilidade da cláusula provocaria um efeito semelhante à celebração de dois acordos separados. O primeiro constitui o compêndio dos chamados *commercial agreements*, quais sejam, os acordos comerciais (ainda que, por vezes, produzam efeitos jurídicos) firmados pela parte, de natureza material e

⁹² LEMES, Selma Ferreira. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. *Revista do Advogado*. nº 51. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo. 1997. p. 33.

⁹³ Neste sentido, cf. TIMM, Luciano Benetti. A cláusula de eleição de foro *versus* a cláusula arbitral em contratos internacionais: qual é a melhor opção para a solução de disputas entre as partes? *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 3. nº. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁹⁴ BLACKABY, Nigel et al.. *Op. cit.* p. 117.

substancial. Já o segundo contém o acordo celebrado pelas partes de submeterem eventuais lides oriundas daquele primeiro *agreement* a determinado método de resolução de disputas.⁹⁵ Trata-se, portanto, de negócio jurídico aleatório, que poderá ou não produzir seus efeitos, a depender da existência de uma eventual lide.

A aplicação do princípio da separabilidade é amplamente divulgado e aceito. Diversas legislações transnacionais e regulamentos de câmaras arbitrais,⁹⁶ bem como jurisprudência de relevantes cortes,⁹⁷ reconhecem a independência e autonomia das cláusulas de resolução alternativa de disputas.

Parece possível se falar na extensão do emprego da doutrina da separabilidade às cláusulas escalonadas.⁹⁸ Apesar de a doutrina da separabilidade ter nascido com a criação da arbitragem, mas nada impede seu desenvolvimento para além dos limites do instituto.

Neste sentido, imprescindível é o exame das cláusulas escalonadas sob a ótica da sua independência. Este é, talvez, o melhor meio de dar-lhes autonomia em relação ao negócio jurídico principal, atingindo-se, de

⁹⁵ Ibid. p. 117.

⁹⁶ Neste sentido, cf. Art. 16 (1) da *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*; Art. 21.2 da *UNCITRAL Arbitration Rules*; Art. 6 (4) do *ICC Arbitration Rules*; Art. 23.1. *LCIA Arbitration Rules*; Art. 13 da *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*.

⁹⁷ Existem diversas e notáveis manifestações em prol da aplicação do princípio da separabilidade na jurisprudência internacional. Cumpre destacar o voto de *Lord MacMillan*, da *High Court* inglesa, em *Hayman v. Darwins Ltd*: “*It [the arbitration clause] survives for the purpose of measuring the claims arising out of the breach, and the arbitration clause survives for determining the mode of their settlement. The purposes of the contract have failed, but the arbitration clause is not one of the purposes of the contract.*” A *Cour de Cassation*, no famoso *affaire Gosset*, também reconheceu a existência da autonomia da cláusula compromissória, ao afirmar que: “*En matière d'arbitrage international, d'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles (...) une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte.*” (*Cass. civ. Lere* 7 mai 1963. p. 545).

⁹⁸ LEMES, Selma Ferreira. As Peculiaridades e os Efeitos Jurídicos da Cláusula Escalonada: Mediação ou Conciliação e Arbitragem. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.369 e *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.* [1993] AC 344.

maneira satisfatória, seu objetivo: determinar um procedimento multietapas para dirimir conflitos oriundos do contrato.

2.3. O Princípio do *Kompetenz-Kompetenz*

Outro valor axiológico de imensa relevância no estudo e desenvolvimento dos métodos alternativos de resolução de disputas é o chamado “*kompetenz-kompetenz*”. Leciona o referido princípio que aos árbitros é dada a competência para decidir sobre sua própria competência.⁹⁹ Ou seja, o árbitro é a *ultima ratio* no tocante a qualquer argüição de vício na existência, validade ou eficácia das cláusulas compromissórias,¹⁰⁰ de onde, *de facto*, se extrai sua jurisdição. Ademais, caberá também ao tribunal resolver questões acerca da arbitrabilidade da causa e demais elementos que afetem, de qualquer forma, sua competência.¹⁰¹

O princípio da *competência-competência* tem como fundamento dar poder ao árbitro, como juiz natural¹⁰² da causa na qual está funcionando, de decidir sobre os limites jurisdicionais de sua atuação. É um dos valores axiológicos formadores do exercício privado da justiça no âmbito comercial, pois garante, de forma direta e incontestada, a autoridade do árbitro sobre a causa na qual está vinculado.

O “*kompetenz-kompetenz*” é, inclusive, objeto de normas positivas em diversas legislações internacionais e regulamentos arbitrais.¹⁰³ A

⁹⁹ LEMES, Selma Ferreira. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. *Revista do Advogado*. n.º 51. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1997. p. 33. e BLACKABY, Nigel et al.. Op. cit. p. 347.

¹⁰⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei n.º. 9.307/96*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009. p. 175.

¹⁰¹ Ibid. p. 175.

¹⁰² DIDIER, Freddie. Op. cit. p. 83. Em que pese o entendimento do autor baiano, parte da doutrina entende que falta ao árbitro as características necessárias ao exercício da jurisdição e, portanto, não há que se falar na aplicação do princípio do juiz natural às disputas submetidas à arbitragem. Neste sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 147 e seguintes.

¹⁰³ Neste sentido, cf. Art. 16 da UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration; Art. 21 (1) e (2) da UNCITRAL Arbitration Rules e Art. 6.2. das ICC Rules of Arbitration.

jurisprudência também surge na defesa de sua aplicação¹⁰⁴ e, apesar de determinados países divergirem sobre sua funcionalidade,¹⁰⁵ é possível afirmar que o *kompetenz-kompetenz* é amplamente aceito dentro do direito do comércio internacional.

Quanto à incidência do *kompetenz-kompetenz* às cláusulas escalonadas, dois principais pontos devem ser suscitados: (i) sobre quem repousará a jurisdição para decidir sobre a jurisdição do tribunal por descumprimento de um dos *steps* do procedimento escalonado; e (ii) se existe a possibilidade de o mediador ou conciliador, tendo atuado em estágio anterior, ser árbitro na mesma causa.

Quanto à primeira questão, não parece haver muita dúvida na doutrina internacional.¹⁰⁶ Por se tratar, pelo menos a *prima facie*,¹⁰⁷ de questão atinente à jurisdição do tribunal arbitral - em que a alegação comum é a de que o descumprimento dos primeiros níveis da escala resultaria na falta de jurisdição do tribunal arbitral - não restam muitas dúvidas que, por força da incidência do princípio do “*kompetenz-kompetenz*”, o tribunal arbitral terá competência para decidir sobre sua própria jurisdição.¹⁰⁸ A Suprema Corte do Cantão de Zurich, na Suíça, confirmou, de forma explícita, este entendimento. Em sua decisão datada de

¹⁰⁴ As Cortes da Inglaterra, por exemplo, defenderam a aplicação do princípio analisado no caso *Dalmia Dairy Industries Ltd. v. National Bank of Pakistan*. Cf. BLACKABY, Nigel et al.. Op. cit. p. 348.

¹⁰⁵ Na Índia, por exemplo, recentes decisões demonstram que a aplicação do *kompetenz-kompetenz* no país não se encontra pacificada. RAY, A.; SABHARWAL, D. Competence-Competence: An Indian Trilogy. Disponível em www.whitecase.com/files/Publication/d0c6c57e-1572-4dc2-ab61-0cea3d1f728e/Presentation/PublicationAttachment/7aaf8a79-1ac1-45ea-b197-189ff1e4ce87/article_IndianTrilogy_Competence.pdf. Acesso em 1º nov. 2010

¹⁰⁶ VOSER, Nathalie. Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses by National Courts and Arbitral Tribunals – The Civil Law Approach. *International Bar Association Conference*. Durban: International Bar Association, 2002. p. 9.

¹⁰⁷ Conforme analisaremos mais a frente, não há posição firmada na doutrina a cerca dos efeitos do descumprimento dos primeiros *steps* previstos nas cláusulas escalonadas. Porém, independentemente dos efeitos a serem produzidos, a questão posta aos árbitros será, na maioria dos casos, a falta de jurisdição do tribunal arbitral. Neste sentido, cf. ICC Case n° 6276.

¹⁰⁸ CREMADES, Bernardo M. Op. cit. p. 9.

setembro de 2001, a corte concluiu que não cabia à autoridade judicial decidir se a mediação foi cumprida pelas partes ou não.¹⁰⁹

As cortes americanas historicamente se posicionam pela aplicação direta do princípio do *kompetenz-kompetenz*.¹¹⁰ Atualmente, os precedentes advindos após a entrada em vigor do *Federal Arbitration Act* (9 U.S.C. §§1-16)¹¹¹ afirmam que, salvo disposição em contrário, as cortes estatais terão competência para decidir questões envolvendo a arbitrabilidade subjetiva (*i.e.* divergências a cerca da possibilidade de submeter aquela disputa à arbitragem, seja por incapacidade das partes ou estando aquela disputa não abarcada na cláusula compromissória), enquanto que questões de arbitrabilidade procedimental (tais como desavenças envolvendo a existência, validade ou eficácia, bem como o cumprimento ou não, de pré-requisitos à arbitragem, tais como limites temporais, notificações, impedimentos, bem como demais condições precedentes à arbitragem) se encontram sob a jurisdição do tribunal arbitral.¹¹²

A segunda questão posta em debate é a atuação do mediador ou do conciliador como árbitro na mesma demanda em que atuou anteriormente. Este tema surge dotado de polêmica. A maioria das jurisdições permitem que o árbitro atue como *amiable compositeur* durante o procedimento arbitral, inclusive sendo permitido às partes transigir no curso da

¹⁰⁹ Caso relatado em VOSER, Nathalie. Op. cit. p. 9.

¹¹⁰ *Stroh Container Co. v. Delphi Indus. Inc.*, 783 F.2d 743, 748 (8th Cir. 1986); *Roberts v. Atlantic Recording Corp.*, No. 95 Civ. 3524 (SAS), 1995 W.L. 386552, at 2 (S.D.N.Y. June 29, 1995); *Miller & Co. v. China Nat'l Minerals Import & Export Corp.*, No. 91 C 2460, 1991 U.S. Dist. LEXIS 11973 (N.D. Ill. Aug. 27, 1991); *Bell Canada v. ITT Telecom Corp.*, 563 F. Supp. 636, 640 (S.D.N.Y. 1983).

¹¹¹ *City of Cottonwood v. James L. Fann Contracting, Inc.*, 179 Ariz. 185, 877 P.2d 284, 292 (1994); *Executive Life Ins. Co. v. John Hammer & Assoc., Inc.*, 569 So. 2d 855, 857 (Fla. Dist Ct. App. 1990); *Des Moines Asphalt & Paving Co. v. Colcon Industries Corp.*, 500 N.W.2d 70, 72 (Iowa 1993); *The Beyt, Rish, Robbins Group v. Appalachian Reg. Healthcare, Inc.*, 854 S.W.2d 784, 786 (Ky. Ct. App. 1993); *Valero Energy Corp. v. Teco Pipeline Co.*, 2 S.W.3d 576 (Tex. Ct. App. 1999).

¹¹² SCANLON, Kathleen M.; MANN, Harpreet K. A Guide to Multistep Dispute Resolution Clauses. *Alternatives to the High Cost of Litigation*. vol. 20. n.º. 1. New York: International Institute for Conflict Prevention & Resolution, 2002. p. 3-4.

arbitragem.¹¹³ Porém, não é comum que os ordenamentos jurídicos tratem da vedação da atuação de um sujeito como mediador ou conciliador e também como árbitro em um mesmo litígio.¹¹⁴

Por outro lado, os regulamentos das instituições de arbitragem e conciliação vedam, em geral,¹¹⁵ a participação de mediadores e conciliadores como árbitros. O Art. 12.3 das *ICC ADR Rules*, por exemplo, afirmam que:

“Unless all of the parties agree otherwise in writing, a Neutral shall not act nor shall have acted in any judicial, arbitration or similar proceedings relating to the dispute which is or was the subject of the ADR proceedings, whether as a judge, as an arbitrator, as an expert or as a representative or advisor of a party.”

No tocante aos regulamentos transnacionais, o art. 19 do *UNCITRAL Conciliation Rules* é expresso quando afirma, *in verbis*:

“The parties and the conciliator undertake that the conciliator will not act as an arbitrator or as a representative or counsel of a party in any arbitral or judicial proceedings in respect of a dispute that is the subject of the conciliation proceedings. The parties also undertake that they will not present the conciliator as a witness in any such proceedings.”¹¹⁶

A doutrina internacional, contudo, aponta diversas inconveniências na atuação de conciliadores e mediadores como árbitros em uma mesma disputa.

¹¹³ Neste sentido, cf. WIJNEN, Otto Witt. ADR: The Civil Law Approach. *Arbitration: Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*. vol. 61. n°. 1. Londres: Chartered Institute of Arbitrators, 1995. p. 38-39.

¹¹⁴ Segundo Pieter Sanders, uma das raras exceções à regra no mundo ocidental é a legislação da província canadense de Alberta, que permite expressamente que o conciliador, uma vez não atingindo um acordo, poderá, com consentimento das partes, dar prosseguimento à arbitragem. SANDERS, Pieter. ADR in Civil Law Countries. *Arbitration: Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*. vol. 61. n°. 1. Londres: Chartered Institute of Arbitrators, 1995. p. 35-36.

¹¹⁵ Não se percebe, porém, a mesma preocupação nas instituições do Leste Asiático. Segundo Peter Sanders, isso se dá pois “No Oriente, um acordo obtido evita que as partes sejam estigmatizadas como perdedoras. A probabilidade da continuação da relação amistosa de negócios depois que uma disputa é solucionada por conciliação é maior do que por arbitragem. (...) No Extremo Oriente, conciliação e arbitragem são consideradas formas de processo combinado.” SANDERS, Pieter. Op. cit. p. 35-36.

¹¹⁶ Disponível em www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-e.pdf. Acesso em 1º nov. 2010.

Uma delas envolve a confidencialidade do procedimento conciliatório. Pela sua natureza amigável, que exige dos litigantes cooperação, as partes podem se sentir mais confortáveis em apresentar determinadas impressões, provas e/ou documentos sigilosos. Desta forma, mediadores e conciliadores poderão ter acesso a determinados fatos, documentos e provas que porventura não seriam suscitados em um procedimento de característica adversarial.¹¹⁷ Por tal motivo, deve ser garantida total confidencialidade nos primeiros *steps* escolhidos, de modo que não venham a vazar quaisquer informações indesejáveis durante a arbitragem.

Os regulamentos de mediação e conciliação da maioria das câmaras arbitrais internacionais possuem previsão contemplando a confidencialidade do procedimento. O Art. 7 (2) das *ICC ADR Rules*, por exemplo, limita o uso de documentos angariados em procedimentos amigáveis de ADR na arbitragem:

“Unless required to do so by applicable law and in the absence of any agreement of the parties to the contrary, a party shall not in any manner produce as evidence in any judicial, arbitration or similar proceedings:

- a) any documents, statements or communications which are submitted by another party or by the Neutral in the ADR proceedings, unless they can be obtained independently by the party seeking to produce them in the judicial, arbitration or similar proceedings;
- b) any views expressed or suggestions made by any party within the ADR proceedings with regard to the possible settlement of the dispute;
- c) any admissions made by another party within the ADR proceedings;
- d) any views or proposals put forward by the Neutral; or
- e) the fact that any party had indicated within the ADR proceedings that it was ready to accept a proposal for a settlement.”

¹¹⁷ LEMES, Selma Ferreira. As Peculiaridades e os Efeitos Jurídicos da Cláusula Escalonada: Mediação ou Conciliação e Arbitragem. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 363-364.

Já as *UNCITRAL Conciliation Rules*, no seu art. 14, estabelecem a seguinte regra:

“The conciliator and the parties must keep confidential all matters relating to the conciliation proceedings. Confidentiality extends also the settlement agreement, except where its disclosure is necessary for purposes of implementation and enforcement.”

A segunda e mais complexa inconveniência envolve a possível atuação imparcial do árbitro-mediador. Uma das preocupações envolvendo a participação dos mediadores no procedimento arbitral é que estes venham a “exteriorizar propensão a uma das partes e, com isso, demonstrar falta de imparcialidade ou deixar transparecer essa impressão à outra parte.”¹¹⁸

Os *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*,¹¹⁹ que estabelecem os principais *standards* para a aferição de independência e imparcialidade no campo da arbitragem comercial internacional, pressupõem que a prévia participação do árbitro na causa se enquadra no rol “*Waivable Red List*”. Significa dizer, portanto, que esta situação que gera fundadas dúvidas acerca da independência ou imparcialidade dos árbitros, restando permitido às partes renunciar à sua impugnação.

A questão apresentada se torna ainda mais intrincada se dado foco à análise econômica do fato. Segundo Fábio Portela Lopes de Almeida, é possível se utilizar da Teoria dos Jogos¹²⁰ aplicada aos métodos de

¹¹⁸ Ibid. p. 362.

¹¹⁹ Disponível em www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C. Acesso em 1º nov. 2010.

¹²⁰ Apesar de ter sua origem nos primórdios dos estudos econômicos e matemáticos, a Teoria dos Jogos foi primeiramente sistematizada e formulada por John von Neumann, a quem foi dado o título de pai da teoria, dentro de um ambiente acadêmico bastante propício ao seu desenvolvimento: A Universidade de Princeton, nos Estados Unidos, onde também lecionavam, naquele momento, Albert Einstein, Gödel e Oppenheimer, bem como outros matemáticos e físicos de destaque. Neste sentido, cf. ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A Teoria dos Jogos: Uma Fundamentação Teórica dos Métodos de Resolução de Disputa. In. AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa UnB, 2003. p 176-179.

resolução alternativa de disputas a fim de entender o papel da imparcialidade do mediador durante o procedimento arbitral.

O fundamento do estudo da Teoria dos Jogos aplicada aos métodos alternativos de resolução de disputas é a compreensão dos conflitos. Segundo os estudiosos da Teoria dos Jogos, o conflito pode ser entendido como a “situação na qual duas pessoas têm que desenvolver estratégias para maximizar seus ganhos, de acordo com certas regras pré-estabelecidas.”¹²¹

Em traços amplos, a Teoria dos Jogos se conjectura na análise matemática de situações factuais (os denominados *jogos*) que envolva um conflito de interesses. Seu objetivo é desvendar, sob o aspecto da eficiência, as opções mais viáveis à condução de um “*jogador racional*” ao seu objetivo final.¹²²

Diversos conceitos nascem de seu arcabouço teórico.¹²³ Porém, de modo ater-se ao seu uso para o aperfeiçoamento do estudo das cláusulas escalonadas, cumpre esclarecer que a Teoria dos Jogos prevê situações de conflito de *informação imperfeita*, ou seja, aqueles em que a informação a respeito do conflito não é completa.¹²⁴ Nestes *jogos*, um de dois fenômenos são prováveis: (i) os sujeitos ali envolvidos não possuem toda a informação necessária; ou (ii) um dos sujeitos possui informações adicionais que os outros sujeitos envolvidos não têm acesso. À esta segunda hipótese, dá-se o nome de *assimetria de informação*.¹²⁵

O conceito de *assimetria de informação* nos leva a examinar o aproveitamento da Teoria dos Jogos para entender a questão suscitada. O prévio acesso a diversos documentos, que em muitos casos não seriam

¹²¹ ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. Op. cit. p. 176.

¹²² Ibid. p. 183.

¹²³ Neste sentido, cf. DEUTSCH, Morton. *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*. 2ª Edição. New Haven e Londres: Yale University Press, 1973. p. 10.

¹²⁴ ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. Op. cit. p. 187.

¹²⁵ Ibid. p. 187.

apresentados em uma arbitragem, dão a estes sujeitos informações adicionais sobre aquele conflito que não estão disponíveis para todos os *jogadores* – ou seja, as partes envolvidas na lide. Esta *assimetria de informações* seria, dentro de uma análise econômica do fenômeno, uma das razões primordiais pelas quais os mediadores e conciliadores deveriam ser impedidos de atuarem como árbitros numa mesma demanda.

PARTE II

A INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS ESCALONADAS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NO ÂMBITO DO DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Capítulo III

A Redação e os Efeitos Jurídicos das Cláusulas Escalonadas

A interpretação das cláusulas escalonadas constitui uma das principais questões no âmbito do direito do comércio internacional. Sua natureza *sui generis*, combinando diversos procedimentos de ADR em seu conteúdo, faz com que as cláusulas escalonadas comportem uma multiplicidade de efeitos e, muito por conta da sua natureza flexível,¹²⁶ estas cláusulas poderão tomar a forma que as partes optarem em contrato, fazendo com que a redação se torne, portanto, elemento crucial na interpretação das cláusulas escalonadas resolução de disputas no plano comercial transnacional contemporâneo.¹²⁷

Além disso, compete justamente às partes daquela relação jurídico-contratual, sob a luz do princípio da autonomia das vontades, definir se é ou não razoável submeter a disputa a um procedimento escalonado naquela particular circunstância.¹²⁸ Afinal, segundo Marc Blessing, serão as partes quem, ao estabelecer um procedimento escalonado como método de

¹²⁶ PAULSSON, Jan et al.. *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR Clauses in International Contracts*. 2ª Edição. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 118.

¹²⁷ LEMES, Selma Ferreira. As Peculiaridades e os Efeitos Jurídicos da Cláusula Escalonada: Mediação ou Conciliação e Arbitragem. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 366.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 5.

resolução de disputas, poderão, “em vez de estar adquirindo um passe para o paraíso, ficarem presas numa ratoeira”.¹²⁹

3.1. A Importância da Redação das Cláusulas Escalonadas na sua Interpretação

Caberá às partes definir qual eficácia terá a cláusula escalonada através da redação da disposição contratual. Tal discricionariedade é completamente compatível com o espírito e o propósito das cláusulas escalonadas, as quais cumprem provisionar um *framework* flexível no âmbito da solução de controvérsias dentro daquele negócio jurídico.¹³⁰

Klaus Peter Berger vislumbra três pontos nos quais um cuidadoso redator de cláusulas escalonadas deve se ater: (i) a adequação de todos os procedimentos de ADR escolhidos para o projeto e sua ordem no escalonamento contido na cláusula; (ii) a ponderação entre as desvantagens possivelmente associadas a procedimentos escalonados mal-sucedidos e à boa execução do contrato; e (iii) a criação de suaves transições entre um nível de resolução de litígios para o próximo, a fim de garantir o bom funcionamento do processo de escalonamento na prática.¹³¹

O primeiro ponto consiste na busca por um *design* para o sistema de resolução de conflito que seja eficiente, prudentemente elaborado e, acima de tudo, implique em menor custo e tempo despendido.¹³² O entrosamento entre os procedimentos alternativos de solução de conflitos incluídos na cláusula escalonada é, portanto, essencial para sua eficácia e execução, não só jurídica, mas também prática.

¹²⁹ BLESSING, Marc. The Mediation Rules of WIPO and Others: A Ticket to Paradise or into a Better Mousetrap. *Conference on Rules for Institutional Arbitration and Mediation*. Genebra: OMPI, 1995. p. 119–135.

¹³⁰ BERGER, Klaus Peter. Op. cit. p. 5.

¹³¹ Ibid. p. 4.

¹³² Ibid. p. 4.

Já a segunda questão indica que as partes deverão ponderar se o escalonamento de disputas é a melhor forma de resolver lides oriundas daquele específico contrato. Para isso, busca-se uma análise quanto ao valor, significância e características específicas do projeto. No mais, avaliar a probabilidade de preponderância de questões técnicas ou jurídicas numa possível disputa, examinar experiências passadas com cláusulas escalonadas e medir a distribuição de poder de barganha nas negociações contratuais também fazem parte da análise de custo e benefício quanto à utilização de cláusulas multietapas em contratos internacionais.¹³³

Já o terceiro ponto levantado por Klaus Peter Berger se relaciona com a origem das principais questões jurídicas envolvendo a interpretação das *step clauses* no âmbito do comércio internacional.¹³⁴ São justamente os defeitos na elaboração das cláusulas, particularmente no tocante à transição de um estágio de resolução de litígios para outro, que podem levar uma das partes a suscitar quaisquer controvérsias existentes quanto à eficácia e à execução das chamadas *multi-tiered clause*.¹³⁵

A redação das cláusulas escalonadas é de tamanha relevância para a determinação de sua eficácia que as maiores instituições de mediação e arbitragem do mundo possuem seus próprios modelos. A *Australian Centre for International Commercial Arbitration* (ACICA), por exemplo, disponibiliza, em seu *website*, a seguinte redação:

“Any dispute, controversy or claim arising out of, relating to or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be resolved by mediation in accordance with the ACICA Mediation Rules. The mediation shall take place in Sydney, Australia [**or choose another city**] and be administered by the Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA).

¹³³ Ibid. p. 4.

¹³⁴ Ibid. p. 4.

¹³⁵ Neste sentido, cf. PINTO, José Emilio Nunes. Op. cit.

If the dispute has not been settled pursuant to the said Rules within 60 days following the written invitation to mediate or within such other period as the parties may agree in writing, the dispute shall be resolved by arbitration in accordance with the ACICA Arbitration Rules. The seat of arbitration shall be Sydney, Australia [**or choose another city**]. The language of the arbitration shall be English [**or choose another language**]. The number of arbitrators shall be one [**or three, or delete this sentence and rely on Article 8 of the ACICA Arbitration Rules**].¹³⁶

Já a *London Court of International Arbitration* (LCIA), uma das maiores câmaras de arbitragem do mundo, sugere a redação abaixo:

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

If the dispute is not settled by mediation within [.....] days of the commencement of the mediation, or such further period as the parties shall agree in writing, the dispute shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause."¹³⁷

A *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR), ramo internacional da *American Arbitration Association* (AAA), a maior câmara de arbitragem dos Estados Unidos, disponibiliza, por sua vez, em seu *Guide to Drafting International Dispute Resolution Clauses*, as seguintes redações:

“NEGOTIATION-ARBITRATION CLAUSE

‘In the event of any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or a breach thereof, the parties hereto shall consult and negotiate with each other and, recognizing their mutual interests, attempt to reach a satisfactory solution. If they do not reach settlement within a period of 60 days, then, upon notice by any party to the other(s), any unresolved controversy or claim shall be settled by arbitration administered by the International Centre for Dispute Resolution in accordance with the provisions of its International Arbitration Rules.’

MEDIATION-ARBITRATION CLAUSE

‘In the event of any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or a breach thereof, the parties hereto agree first to try and settle the dispute by mediation, administered by the International Centre for Dispute Resolution under its Mediation Rules. If settlement is not reached within 60 days after service of a

¹³⁶ Disponível em www.acica.org.au/acica-services/mediation-clauses. Acesso em 1º nov. 2010.

¹³⁷ Disponível em [www.lcia.org/Dispute Resolution Services/LCIA Mediation Clauses.aspx](http://www.lcia.org/Dispute%20Resolution%20Services/LCIA%20Mediation%20Clauses.aspx). Acesso em 1º nov. 2010.

written demand for mediation, any unresolved controversy or claim arising out of or relating to this contract shall be settled by arbitration in accordance with the International Arbitration Rules of the International Centre for Dispute Resolution.’

MODEL NEGOTIATION-MEDIATION-ARBITRATION CLAUSE

‘In the event of any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach thereof, the parties hereto shall consult and negotiate with each other and, recognizing their mutual interests, attempt to reach a solution satisfactory to both parties. If they do not reach settlement within a period of 60 days, then either party may, by notice to the other party and the International Centre for Dispute Resolution, demand mediation under the Mediation Rules of the International Centre for Dispute Resolution. If settlement is not reached within 60 days after service of a written demand for mediation, any unresolved controversy or claim arising out of or relating to this contract shall be settled by arbitration administered by the International Centre for Dispute Resolution in accordance with its International Arbitration Rules.’¹³⁸

Como prova cabal da importância da redação da cláusula escalonada para sua plena interpretação, a ICC prevê três possíveis redações para procedimentos escalonados:

Obligation to consider ADR

‘In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties agree in the first instance to discuss and consider submitting the matter to settlement proceedings under the ICC ADR Rules.’

Obligation to submit dispute to ADR with an automatic expiration mechanism

‘In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties agree to submit the matter to settlement proceedings under the ICC ADR Rules. If the dispute has not been settled pursuant to the said Rules within 45 days following the filing of a Request for ADR or within such other period as the parties may agree in writing, the parties shall have no further obligations under this paragraph.’

Obligation to submit dispute to ADR, followed by ICC arbitration as required

‘In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties agree to submit the matter to settlement proceedings under the ICC ADR Rules. If the dispute has not been settled pursuant to the said Rules within 45 days following the filing of a Request for ADR or within such other period as the parties may agree in writing, such dispute shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules of Arbitration.’¹³⁹

¹³⁸ Disponível em www.adr.org/si.asp?id=4945. Acesso em 1º nov. 2010.

¹³⁹ Disponível em www.iccwbo.org/drs/english/adr/word_documents/adr_clauses.txt. Acesso em 1º nov. 2010.

É, portanto, a partir da redação da cláusula multietapas que as partes definirão qual eficácia produzirá o dispositivo contratual.

As cláusulas escalonadas de resolução de controvérsias podem ser interpretadas sob dois prismas. No primeiro, o exame se dá sob a égide da teoria geral dos contratos, onde elas seriam, portanto, disposições contratuais ordinárias. Neste sentido, as cláusulas escalonadas teriam eficácia meramente *contratual*, ou seja, o descumprimento de qualquer *step* previsto no procedimento escalonado resultaria em um inadimplemento contratual, que poderia ser resolvido pelo pagamento de indenização por eventuais perdas e danos, não produzindo a cláusula, portanto, qualquer efeito processual.¹⁴⁰

Sob o segundo prisma, entende-se as cláusulas escalonadas como verdadeiras disposições processuais, que, apesar de inseridas em um contrato, são vinculantes e de força obrigatória entre as partes. Nesta hipótese, portanto, as cláusulas escalonadas produziriam efeitos *processuais*,¹⁴¹ uma vez que o descumprimento de qualquer *step* previsto dentro do procedimento escalonado de resolução de disputas resultaria, em *ultima ratio*, na falta de jurisdição do tribunal arbitral.¹⁴² Tal eficácia resultaria na falta de competência, ainda que momentânea, do tribunal arbitral para decidir, de forma final, o litígio, uma vez que o procedimento escalonado previsto na *step clause* não foi cumprido.

3.2. A Eficácia Contratual das Cláusulas Escalonadas

¹⁴⁰ LEMES, Selma Ferreira. *Cláusula Escalonada, Mediação e Arbitragem*. Disponível em www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=84. Acesso em 4 jul. 2010.

¹⁴¹ Id., As Peculiaridades e os Efeitos Jurídicos da Cláusula Escalonada: Mediação ou Conciliação e Arbitragem. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 369-370.

¹⁴² CREMADES, Bernardo M. Op. cit. p. 6.

Sob a ótica da teoria geral dos contratos, as cláusulas escalonadas podem ser interpretadas como uma forma de obrigação contratual. Como qualquer disposição contratual, ela é fonte de obrigações entre as partes signatárias, assim como o contrato na qual está inserida.¹⁴³

No caso das *multi-step clauses*, a doutrina entende, de forma majoritária, que a obrigação criada por ela é, por sua natureza, uma obrigação de meio.¹⁴⁴ Assim, afirmar que das cláusulas escalonadas nascem obrigações de *meio*¹⁴⁵ significa dizer, então, que a obrigação que surge entre as partes é de submeter a lide aos procedimentos previstos na cláusula, bem como garantir a participação, eivada de boa-fé,¹⁴⁶ em todo o processo escalonado de resolução de controvérsia. Porém, não há, segundo a doutrina majoritária, a obrigação de produção de resultado – qual seja, um acordo.¹⁴⁷

Assumindo que as cláusulas escalonadas podem produzir efeitos meramente *contratuais*, conclui-se que o descumprimento do procedimento escalonado – não submetendo a lide a qualquer dos estágios de ADR estabelecidos da cláusula – resultaria em um inadimplemento contratual como outro qualquer. Desta forma, a solução dada pela doutrina passa pelo

¹⁴³ Neste sentido, cf. a apresentação dada por Ebert Chamoun das quatro fontes das obrigações identificadas por Justiniano nas *Institutas*, sendo uma delas os contratos e suas disposições: “Os contratos são acordos de vontade destinados a criar obrigações.” CHAMOON, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1968. 304-305.

¹⁴⁴ LAGARDE, Xavier. Op. cit. p. 390. Em que pese este entendimento, parte da doutrina entende que, sob este cenário, as cláusulas escalonadas de resolução de disputas não produziram o efeito esperado pelas partes. Neste sentido, cf. LAGARDE, Xavier. Op. cit. p. 386.

¹⁴⁵ No campo do estudo das obrigações, a doutrina moderna reparte as obrigações - quanto aos seus objetivos - em dois campos: as de *resultado* e as de *meio*. Nas de *resultado*, considera-se inadimplida a obrigação se o devedor não atingir o objetivo final. Já nas obrigações de *meio*, o cumprimento total reputa-se atingido caso não tenha havido qualquer desvio de conduta ou omissão de certa precaução a que uma das partes venha a se comprometer, seja em contrato ou não, sem, no entanto, se cogitar qualquer resultado advindo desta obrigação. Neste sentido, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol II. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 47-48.

¹⁴⁶ BERGER, Klaus Peter. Op. cit. p. 11.

¹⁴⁷ Neste sentido, cf. LAGARDE, Xavier. Op. cit. p. 388-390.

ressarcimento de eventuais danos causados pela parte inadimplente à outra através do pagamento de indenização por perdas e danos.¹⁴⁸

A redação da cláusula é um significativo indicio de qual efeito as partes desejavam conceder àquele dispositivo. A utilização de palavras não-condicionantes, tais como “poderá” (ou, em inglês, “*may*” ou “*might*”) faz com que se leia a vontade das partes como sendo no sentido de enfraquecer - senão praticamente eximir - a disposição de sua vinculação obrigatória.¹⁴⁹

Ademais, não estabelecer parâmetros objetivos de transição entre os diversos *steps* de solução de controvérsias, tais como prazos fixos e delimitados, entre outros, constitui, também, meio eficaz de tornar a eficácia da cláusula meramente *contratual*. Nestas hipóteses, certa ênfase é dada à chamada *subjective impression* da cláusula escalonada.¹⁵⁰ Significa dizer, então, que a impressão de transição entre um estágio do procedimento escalonado para o outro se torna subjetiva tanto para as partes contratantes quanto para terceiros que irão dirimir os litígios envolvendo aquele contrato¹⁵¹ – sejam eles negociadores, mediadores, conciliadores ou árbitros.

O problema em interpretar as cláusulas escalonadas de resolução de disputas a partir de sua eficácia contratual se dá em três *fronts*.

O primeiro está relacionado à dificuldade de estabelecer uma prova plena da real existência de dano causado pelo descumprimento de um estágio de solução de litígios por uma parte à outra. É possível imaginar hipóteses nas quais a parte inadimplente angarie subsídios suficientes para

¹⁴⁸ LEMES, Selma Ferreira. As Peculiaridades e os Efeitos Jurídicos da Cláusula Escalonada: Mediação ou Conciliação e Arbitragem. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 369.

¹⁴⁹ BERGER, Klaus Peter. Op. cit. p. 10.

¹⁵⁰ Ibid. p. 10.

¹⁵¹ Ibid. p. 10.

levantar objeção ao pedido de compensação da parte inadimplida perante o tribunal arbitral, que detem competência para decidir acerca da eficácia da cláusula escalonada, sob o fundamento de que não há qualquer prejuízo material causado pelo descumprimento dos estágios preliminares previstos na cláusula escalonada.¹⁵²

Uma vez ultrapassado o primeiro obstáculo, ainda persiste a arduosa tarefa de quantificar os danos eventualmente causados pela não observância de um ou mais *steps* previstos no procedimento escalonado. Como em qualquer hipótese envolvendo um dano não quantificável materialmente, como o posto em tela, torna-se significativa empreitada a tentativa de se reduzir a termo um valor que represente a total compensação da parte inadimplida.¹⁵³ Caberá ao tribunal arbitral, como órgão decisor final, definir o *quantum debeatur* relacionado ao descumprimento de estágios de um procedimento escalonado.¹⁵⁴ Uma boa solução para este impasse seria o estabelecimento de uma cláusula penal compensatória¹⁵⁵ que cubra, de

¹⁵² Nesta hipótese, poderá ser aplicado, a depender do caso concreto, o *princípio da instrumentalidade* – decantado no famoso axioma francês “*pas de nullité sans grief*.” Sob sua égide se estabelece a idéia de que o processo não é um fim em si mesmo, mas uma realidade formal, ou seja, um conjunto de formas preestabelecidas que somente devem prevalecer se o fim para o qual foram desenvolvidas não for atingido. Neste sentido, cf. DIDIER Jr., Fredie. Op. cit. p. 57 e DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 14ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1999. Em outras palavras, caso a nulidade não gere qualquer prejuízo para as partes sujeitas de uma relação processual, ela não deverá impedir o progresso do juízo ao mérito da causa. O *princípio da instrumentalidade* é reconhecido como um princípio processual em diversas jurisdições, como na França, p. ex. Cf. Art. 114, alínea 2 do Código de Processo Civil Francês, bem como *Cass. 3e. Ch. Civ. - 15 mai 2008, BICC n°. 688 du 1er octobre 2008 e Cass. 2e Ch. Civ. - 11 février 2010*. Parte da doutrina processualista, porém, não vislumbra a existência de tal axioma. Como trata a lição de Calmon de Passos, “Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves conseqüências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o ser do direito do dizer sobre o direito, o ser do direito do processo de sua produção, o direito material do direito processual. Uma e outra coisa fazem um.” PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. *Revista Diálogo Jurídico*. Ano 1. vol. I. n°. 1. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, 2001. p. 10

¹⁵³ A jurisprudência francesa, por exemplo, diante de hipóteses em que o prejuízo causado não podia ser objeto de avaliação pecuniária ou econômica, acabava por arbitrar uma condenação simbólica, que tinha como objetivo “expressar reprovação social pelo ato praticado”. Neste sentido, cf. JOURDAIN, Patrice. *Les Principes de La Responsabilité Civile*. 4ª Edição. Paris: Dalloz, 1998. p. 132 *Apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 267.

¹⁵⁴ PINTO, José Emilio Nunes. Op. cit.

¹⁵⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e Prática da Cláusula Penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 201-203.

forma substancial, quaisquer prejuízos causados pelo inadimplemento contratual oriundos do descumprimento da *step* clause.¹⁵⁶

No entanto, ainda que se consiga provar a real existência do dano, bem como quantificá-lo, questão maior deve ser posta no tocante a própria efetividade do instituto das cláusulas escalonadas de resolução de disputas no âmbito do direito do comércio internacional. Ao optar pelo modelo escalonado de solução de controvérsias, as partes se submetem a todos os estágios previstos na cláusula, sob a égide do princípio contratual da força obrigatória dos contratos – o denominado *pacta sunt servanda*.

O *pacta sunt servanda* engloba, em sua conceituação, uma idéia incipientemente fundamental: de que a palavra, se enunciada conforme previsto em lei, cria um vínculo tão robusto e profundo entre as partes que nem mesmo o Estado, em regra, pode intervir.¹⁵⁷ Permitir, então, que o descumprimento de um estágio resulte na simples quantificação monetária do dano, ao invés de conceder real força vinculante, enfraquece tanto o instituto das cláusulas escalonadas como também, em muitos casos, o imperativo da vontade das partes de se obrigar, através de contrato, à determinada disposição obrigacional. Afinal, segundo Selma Lemes Ferreira, nesta hipótese, os “seus reflexos práticos não atingem o esperado e pactuado pelas partes.”¹⁵⁸

3.3. A Eficácia Processual das Cláusulas Escalonadas

¹⁵⁶ JOLLES, Alexander. Consequences of multi-tier arbitration clauses: issues of enforcement. *Arbitration: the Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*. n.º. 72. London: Chartered Institute of Arbitrators. pp. 337.

¹⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. III. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 15.

¹⁵⁸ LEMES, Selma Ferreira. As Peculiaridades e os Efeitos Jurídicos da Cláusula Escalonada: Mediação ou Conciliação e Arbitragem. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 369.

Por outro lado é possível interpretar as cláusulas escalonadas como algo maior do que meras disposições obrigacionais. Conforme já exposto anteriormente, as *step clauses* contêm disposições que podem ser consideradas processuais por natureza. O escalonamento de procedimentos de ADR é, por si só, a criação de um método multietapas de resolução de litígios via disposição contratual. Por este motivo, parece bastante razoável que se interpretem as cláusulas escalonadas a partir de sua eficácia *processual*.

Diz-se que a eficácia das cláusulas escalonadas toma a forma *processual* uma vez que ela se revesta de real disposição processual, ainda que incluída em contrato. Sob esta interpretação, leva-se em conta, portanto, não só a natureza da cláusula – que tem como característica principal a criação de diversos estágios de resolução de controvérsias – mas também a aplicação do princípio da autonomia das vontades e da força obrigatória dos contratos.¹⁵⁹

Segundo Selma Ferreira Lemes, esta interpretação é a que “representa o equilíbrio de interesses bem cumprido”, significando, então “conceder a eficácia máxima para a cláusula de conciliação ou mediação prévias.”¹⁶⁰ Desta forma, entender que as cláusulas escalonadas de resolução de disputas possuem eficácia *processual* é o mesmo que, em última instância, dar-lhes plenos efeitos, conforme pretendido pelas partes, ainda que idealmente, no momento da celebração do contrato.

Sob esta ótica, verifica-se, portanto, que os *steps* iniciais previstos na cláusula seriam, então, pré-requisitos essenciais para a instituição do procedimento arbitral¹⁶¹ e, como tal, devem ser observados obrigatoriamente pelas partes contratantes. Caso contrário, o

¹⁵⁹ Ibid. p. 369.

¹⁶⁰ Ibid. p. 369-370.

¹⁶¹ BERGER, Klaus Peter. Op. cit. p. 5.

descumprimento dos estágios iniciais resultaria na falta de jurisdição do tribunal para dirimir aquela lide.

Esse impedimento processual persiste enquanto as partes não cumprirem os níveis prévios previstos na cláusula escalonada.¹⁶² A solução, portanto, passa pela suspensão (ou “*stay*”) do procedimento adjudicatório. Caso o tribunal insista em manter o procedimento, existe posição doutrinária e jurisprudencial reconhecendo a possibilidade de impugnação do laudo arbitral nas hipóteses em que o descumprimento do procedimento escalonado resultar na composição inadequada da instância arbitral. O *standard* de análise é o próprio contrato, e, portanto, a cláusula escalonada de resolução de disputas.¹⁶³ Desta forma, aplicar-se-á o art. V (1) (d) da Convenção de Nova Iorque, que dispõe, como segue:

“Art. V

(1) O reconhecimento e a execução da sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

(...)

(d) a composição da autoridade arbitral ou procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu;

A decisão mais prudente que o tribunal arbitral pode tomar nestes casos é suspender a arbitragem até que as partes se submetam a todos os *steps* de ADR previstos na cláusula escalonada. Caso contrário, a manutenção – e subsequente finalização – do processo arbitral poderia resultar na anulação do laudo, por força do art. V (1) (d) da Convenção de Nova York.

¹⁶² LEMES, Selma Ferreira. As Peculiaridades e os Efeitos Jurídicos da Cláusula Escalonada: Mediação ou Conciliação e Arbitragem. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 369.

¹⁶³ Neste sentido, cf. CREMADES, Bernardo. Op. cit. p. 6; BERG, Jan van den. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Haia: Kluwer Law International, 1981. p. 322; e *PepsiCo Investment Ltd. v. Sichuan Province Yun Lu Industrial Co. Ltd.*

A redação da cláusula é também elemento essencial na busca pela intenção das partes quanto à eficácia da disposição. A utilização de termos de cunho vinculante, tais como “deverá” (ou, em inglês, “*shall*” ou “*must*”) faz com que se faça entender que a vontade das partes seria tornar obrigatório o cumprimento dos *steps* anteriores à arbitragem.¹⁶⁴

Além disso, torna-se também uma excelente forma de dar à cláusula escalonada eficácia *processual* a determinação de *standards* objetivos, tais como prazos fixos e/ou ocasiões futuras e certas para se determinar o fim de um estágio e início de outro dentre os diversos *steps* de solução de controvérsias previstos no dispositivo. Cria-se, a partir deste conceito, a denominada *objective impression*,¹⁶⁵ em que se cria a impressão objetiva do transpasse entre um estágio de ADR para o outro, não só para as partes contratantes, mas também para terceiros envolvidos naquela relação jurídica.¹⁶⁶

A legislação internacional também admite a possibilidade de interpretação das cláusulas escalonadas a partir de sua eficácia *processual*. O art. 16 das *UNCITRAL Conciliation Rules*, de 1980, estabelece, *in verbis*:

“The parties undertake not to initiate, during the conciliation proceedings, any arbitral or judicial proceedings in respect of a dispute that is the subject of the conciliation proceedings, except that a party may initiate arbitral or judicial proceedings where, in his opinion, such proceedings are necessary for preserving his rights.”¹⁶⁷

O art. 13 da *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*, de 2002, dispõe como segue:

¹⁶⁴ BERGER, Klaus Peter. Op. cit. p. 5

¹⁶⁵ Ibid. p. 10.

¹⁶⁶ Ibid. p. 10.

¹⁶⁷ Disponível em www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-e.pdf. Acesso em 1º nov. 2010.

“Where the parties have agreed to conciliate and have expressly undertaken not to initiate during a specified period of time or until a specified event has occurred arbitral or judicial proceedings with respect to an existing or future dispute, such an undertaking shall be given effect by the arbitral tribunal or the court until the terms of the undertaking have been complied with, except to the extent necessary for a party, in its opinion, to preserve its rights. Initiation of such proceedings is not of itself to be regarded as a waiver of the agreement to conciliate or as a termination of the conciliation proceedings.”¹⁶⁸

Portanto, nas hipóteses em que se aplicarem as disposições da *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation* ou das *UNCITRAL Conciliation Rules*, se as partes incluírem uma cláusula escalonada que defina períodos específicos de tempo ou eventos determinados a fim de estabelecer o término dos primeiros *steps* de solução de controvérsias, o tribunal arbitral deverá dar efeito *processual* a este dispositivo e suspender a arbitragem até que os termos da cláusula sejam cumpridos.

O *Guide to Enactment da UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*, o principal meio de interpretação das regras ali dispostas, comenta e explica o art. 13 da seguinte forma:

“In article 13, the Model Law limits itself to dealing with the hypothesis where the parties would have specifically agreed to waive their right to initiate arbitral or judicial proceedings while conciliation is pending. The consequence of that provision is that the court or arbitral tribunal will be obliged to bar litigation or arbitration from proceeding if that would be in violation of the agreement of the parties.”¹⁶⁹

Contudo, tanto a *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation* quanto a *UNCITRAL Conciliation Rules* prevêm uma exceção à regra: as hipóteses em que ultrapassar um estágio previsto no escalonamento de procedimentos seja medida necessária à preservação dos direitos de uma das partes.

¹⁶⁸ Disponível em www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf. Acesso em 1º nov. 2010.

¹⁶⁹ Disponível em www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf. Acesso em 1º nov. 2010.

O *Guide to Enactment* estabelece fundamentos e situações nas quais se aplicará esta exceção:

“Even in the case where the parties would have agreed to waive their right to initiate arbitral or judicial proceedings while conciliation is pending, article 13 creates the possibility for a party to disregard that agreement where, in the opinion of that party, the initiation of arbitral or court proceedings is necessary to preserve its rights. That provision is based on the assumption that parties will effectively limit themselves in good faith to initiating arbitral or court proceedings in circumstances where such proceedings are truly necessary to preserve their rights. Possible circumstances that may require such proceedings may include the necessity to seek interim measures of protection or to avoid the expiration of a limitation period. A party might initiate court or arbitral proceedings also where one of the parties remained passive and thus hindered implementation of the conciliation agreement. However, in such a case, a party could initiate judicial or arbitral proceedings after the conciliation proceedings were terminated pursuant to article 11.

Article 13 makes it clear that the parties’ right to resort to arbitral or judicial proceedings is an exception to the duty of arbitral or judicial tribunals to stay any proceeding in the case of a waiver by the parties of the right to initiate arbitral or judicial proceedings.”¹⁷⁰

No entanto, entender as cláusulas escalonadas a partir de sua eficácia *processual* impõe, ainda, outra problemática a ser superada: a probabilidade de uma eventual contestação acerca da jurisdição do tribunal arbitral pela parte que se sentir prejudicada pelo descumprimentos do procedimento escalonado.¹⁷¹ Caso tal argumentação venha a sobreviver ao crivo do tribunal arbitral, gerará, certamente, prejuízos tanto em custos quanto em relação à dilatação do tempo de resolução de disputas, por conta do *stay* do procedimento.¹⁷² Por outro lado, a parte inadimplida poderá alegar que prejuízo maior ocorrerá com a futura anulação do laudo arbitral fundamentada no Art. V (1) (d) da Convenção de Nova York.

Portanto, quando os elementos do caso concreto, como a redação da cláusula e a manifestação de vontade das partes, permitirem que se verifique a eficácia *processual* da cláusula escalonada de resolução de

¹⁷⁰ Disponível em www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf. Acesso em 1º nov. 2010.

¹⁷¹ PINTO, José Emilio Nunes. Op. cit.

¹⁷² Neste sentido, cf. LAGARDE, Xavier. Op. cit. p. 396.

disputas, parece mais interessante que as partes suspendam a arbitragem a fim de cumprir os *steps* previstos no procedimento multietapas.

Capítulo IV

A Obrigatoriedade de Execução dos Procedimentos Escalonados de Resolução de Disputas na Jurisprudência Internacional

Outro ponto de controvérsia diz respeito à interpretação das cláusulas escalonadas de resolução de disputas no âmbito do direito do comércio internacional se dá quanto a obrigatoriedade de execução do procedimento escalonado na jurisprudência internacional. Muitas das questões envolvendo a interpretação das *step clauses* recaem sobre o descumprimento das cláusulas escalonadas. Caberá as cortes e tribunais arbitrais decirem, a partir dos casos concretos, se a execução do escalonamento de procedimentos de ADR será obrigatória ou não.

Analisando os casos envolvendo cláusulas multietapas de resolução de litígios, é possível perceber que não há posição pacífica na jurisprudência internacional quanto à exequibilidade das cláusulas escalonadas. Porém, conhecer e interpretar as decisões internacionais sobre o tema é categórico para que as partes que desejam incluir uma cláusula *multi-tiered* em um contrato entendam as consequências jurídicas desta opção.

4.1. O Caso Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.¹⁷³

O *leading case* envolvendo cláusulas escalonadas tem sua origem em uma das maiores empreitadas da história da construção. O *Channel Tunnel*, um túnel de 50,5 quilômetros que conecta as cidades de Coquelles, na França, e Kent, na Inglaterra, por sob o Canal da Mancha, foi um dos

¹⁷³ Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd. [1993] AC 344. Disponível em law.queensu.ca/international/globalLawProgramsAtTheBISC/courseInfo/courseOutlines/commercialArbitration2010/channelTunnelGroupVBalfour.pdf. Acesso em 1º nov. 2010.

maiores projetos de engenharia da história, consumindo quase sete anos de obras e mais de £ 10 bilhões. Boa parte dos custos das obras foram financiados pela iniciativa privada, o que, por si só, já demonstra o tamanho e a importância do empreendimento no plano internacional.

O projeto foi realizado por uma *joint venture* entre dois grupos econômicos: o britânico *Channel Tunnel Group*, composto por dois bancos e cinco companhias de construção inglesas e o francês *France-Manche*, composto por três bancos e cinco companhias de construção francesas. O novo grupo, intitulado *Channel Tunnel Group/France–Manche* (CTG/F-M) ficaria responsável pelo financiamento, a construção e a operação do túnel por completo, cabendo a cada um dos grupos a administração das obras em seus respectivos territórios.

Porém, um projeto grandioso como este não poderia passar imune à controvérsias. O contrato celebrado entre o *Channel Tunnel Group* e um consórcio formado por companhias inglesas e francesas de construção, entre as quais está incluída a *Balfour Beatty Construction Ltd.*, uma das maiores empresas de construção do mundo, tinha como objeto parte da construção do túnel, bem como garantir às partes a possibilidade de incluir variações de projeto no contrato. A cláusula 67 previa, ainda, que qualquer disputa, incluindo diferenças relativas às variações de projeto, seriam resolvidas, em primeira instância, por uma painel de *experts* e, caso alguma das partes não restasse satisfeita com sua decisão, então – e somente então – a disputa poderia ser levada a arbitragem, segundo as regras da ICC, em Bruxelas, capital da Bélgica.¹⁷⁴

A divergência surgiu quando o *Channel Tunnel Group* pagou apenas uma parte do valor total de uma variação de projeto, cujo objeto era a construção de um sistema de *cooling* para o túnel. O consórcio, então,

¹⁷⁴ ERLANK, Wien. Op. cit. p. 13.

enviou uma notificação, datada de 03 de outubro de 1991, exigindo o pagamento do valor total previsto para a execução da variação até o dia 07 de outubro de 1991, caso contrário, as obras relativas ao sistema de *cooling* seriam suspensas até o pagamento total do valor devido. Apesar de as obras não terem sido paradas, o *Channel Tunnel Group*, a recorrente, requereu um *writ*, junto à *High Court* inglesa, tendo como finalidade prevenir que a contraparte suspendesse as obras do sistema de *cooling*. Em contestação, o consórcio, o recorrido, requisitou o *stay* de todo e qualquer procedimento, com base no artigo 1º do *Arbitration Act* de 1975. O pedido foi consubstanciado no descumprimento do procedimento escalonado previsto na cláusula 67 do contrato, uma vez que o *Channel Tunnel Group* recorreu diretamente ao judiciário, passando por sobre a cláusula escalonada de resolução de litígios incluída no contrato.

O recorrido suscitou, então, alguns argumentos para a concessão da suspensão do procedimento. O principal deles estava amparado na independência da cláusula 67, interpretando a *step clause* como uma cláusula de arbitragem e, portanto, sujeita à proteção concedida pela doutrina da separabilidade.

O caso percorreu todas as instâncias das cortes da Inglaterra até chegar à *House of Lords*, o mais alto tribunal dentro da hierarquia da jurisdição inglesa. A corte, então, decidiu que a utilização dos mesmos poderes que protegem as cláusulas de arbitragem era possível também nas hipóteses de cláusulas envolvendo outros métodos de resolução alternativa de disputas, uma vez que, ao optar pela cláusula escalonada, as partes estavam na melhor posição possível para negociar e redigir o contrato – e, portanto, a cláusula multietapas. Assim sendo, as partes tiveram a oportunidade de considerar os prós e contras do procedimento escalonado escolhido, e que esta decisão, então, deveria ser protegida pela corte. A decisão, relatada por *Lord Mustill*, afirmava que:

“Those who make agreements for the resolution of disputes must show good reasons for departing from them. But also with the interest of orderly regulation of commerce that having promised to take their complaints to the experts and if necessary to the arbitrators, that is where the appellants should go.”¹⁷⁵

Entretanto, a corte teve que enfrentar uma outra questão: o art. II (3) da Convenção de Nova York estabelece uma causa para a suspensão de procedimentos judiciais uma vez que as partes entrem em acordo para submeter quaisquer disputas diretamente à arbitragem:

The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

No caso em tela, seria difícil sustentar que a cláusula 67 estabelecia que as partes submeteriam diretamente a lide à arbitragem, uma vez que ela indicava um procedimento escalonado de resolução de disputas. Contudo, a redação do art. 1 (1) do Arbitration Act de 1975 era ligeiramente diferente da Convenção, conforme abaixo:

“If any party to an arbitration agreement to which this section applies, or any person claiming through or under him, commences any legal proceedings in any court against any other party to the agreement, or any person claiming through or under him, in respect of any matter agreed to be referred, any party to the proceedings may at any time after appearance, and before delivering any pleadings or taking any other steps in the proceedings, apply to the court to stay the proceedings; and the court, unless satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed or that there is not in fact any dispute between the parties with regard to the matter agreed to be referred, shall make an order staying the proceedings.”

Portanto, de acordo com a interpretação dada pela corte inglesa a este dispositivo legal, a *House of Lords* teria jurisdição para suspender o procedimento judicial iniciado pelo *Channel Tunnel Group* em razão do descumprimento do escalonamento de procedimentos.

¹⁷⁵ CREMADES, Bernardo. Op. cit. p. 11-12

Este caso demonstra a complacência das cortes inglesas para com a utilização de métodos alternativos de resolução de disputas.¹⁷⁶ Apesar de a corte não obrigar as partes a se submeterem ao procedimento escalonado previsto na cláusula 67 do contrato – tendo apenas dado a opção de se submeter ao procedimento escalonado previsto em contrato ou perder a causa – a decisão pela suspensão do procedimento judicial representa uma proteção maior às cláusulas escalonadas, inspirando, inclusive, a redação do arts. 9 (1) e (2) do *Arbitration Act* de 1996:

“9. Stay of legal proceedings.

(1) A party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought (whether by way of claim or counterclaim) in respect of a matter which under the agreement is to be referred to arbitration may (upon notice to the other parties to the proceedings) apply to the court in which the proceedings have been brought to stay the proceedings so far as they concern that matter.

(2) An application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures.”

Assim, a nova lei inglesa inclui entre as hipóteses de *stay* de procedimentos judiciais àquelas em que estiver presente um procedimento escalonado. Esta disposição legal corrobora a posição inglesa de proteção aos sistemas de ADR e, principalmente, aos mecanismos multietapas de resolução de disputas.

4.2. A Recente Decisão da Suprema Corte Federal da Suíça¹⁷⁷

Enquanto a jurisprudência inglesa parece ter como objetivo a proteção do escalonamento de procedimentos alternativos de resolução de disputas, na Suíça esta posição ainda não se encontrava pacificada.

¹⁷⁶ ERLANK, Wien. Op. cit. p. 16.

¹⁷⁷ Decisão nº.4ª_18/2007, datada 6 jun. 2007.

As cortes suíças analisaram pelo menos três casos envolvendo cláusulas escalonadas de resolução de disputas sem, no entanto, firmar uma posição sobre o tema.¹⁷⁸ Em 2007, a Suprema Corte Federal da Suíça foi acionada para decidir a divergência jurisprudencial.

No caso em tela, uma empresa francesa, especializada na fabricação de máquinas de café, celebrou dois contratos de licenciamento com uma subsidiária de uma empresa alemã com sede em Hong Kong. Ambos os contratos tinham como objeto a disponibilização, pela empresa francesa, tanto da patente de determinado produto como do *know-how* que tinha no mercado de máquinas de café para a subsidiária chinesa, assim como auxiliar esta na fase de industrialização do produto, em troca do pagamento de *royalties* pelo uso de sua propriedade intelectual.

Ademais, a cláusula 10.2. de ambos os contratos firmava que:

“Any controversy and any dispute relating to the present contract and which cannot be resolved amicably (including conciliation under the rules of the WIPO) shall be submitted to an arbitral tribunal which shall have exclusive jurisdiction to decide finally, to the exclusion of the ordinary courts. Moreover, the arbitral tribunal shall have exclusive jurisdiction to rule on any dispute concerning the applicability of this arbitration clause. Ongoing negotiations shall, in no way, constitute a hinderance to the initiation of arbitration proceedings.”¹⁷⁹

Algum tempo após a assinatura do contrato, o relacionamento entre as partes deteriorou. Após inúmeras tentativas feitas pela subsidiária chinesa de resolução das divergências oriundas do contrato – incluindo a participação de executivos de esferas altas dentro da empresa – veio a rescindir os contratos.

¹⁷⁸ JOLLES, Alexander. Op. cit. p. 329–33.

¹⁷⁹ BOOG, Christopher. How to Deal with Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Note on the Swiss Federal Supreme Court's Decision 4A_18/2007 of 6 June 2007. *ASA Bulletin*. vol. 26. nº. 1. Haia: Kluwer Law International, 2008. p. 104.

Logo após o término, a empresa francesa ingressou com um requerimento de arbitragem perante o Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) requerendo o pagamento de indenização por perdas e danos decorrentes da rescisão. A requerida, por sua vez, arguiu, em contestação, que a requerente não havia iniciado qualquer procedimento amigável antes de propôr a demanda em arbitragem, conforme requisito disposto na cláusula 10.2 do contrato.

O tribunal arbitral proferiu o laudo em 25 de janeiro de 2007, decidindo que a rescisão do contrato havia sido feita de forma ilegal e condenou a requerida ao pagamento de indenização por perdas e danos à requerente. Então, ingressou a requerida com a impugnação do laudo arbitral, buscando sua anulação com fundamento na falta de jurisdição do tribunal arbitral pelo descumprimento dos procedimentos pré-arbitrais previstos na cláusula escalonada incluída no contrato.

A impugnação chegou até a Suprema Corte Federal da Suíça, que reconheceu que o tratamento dado a uma violação do escalonamento de procedimentos de ADR é uma matéria controversa, especialmente quanto à eficácia e à obrigatoriedade de cumprimento dos *steps*. Segundo a Suprema Corte, a polêmica maior pairava sobre a eficácia da cláusula: se à parte inadimplida seria devido apenas uma compensação pelo descumprimento contratual – a chamada eficácia contratual das *step clauses*; ou se o descumprimento de um estágio previsto na cláusula poderia realmente gerar a inadmissibilidade da ação ou até a falta de jurisdição do tribunal arbitral.

Estabelecido o escopo da lide, a Suprema Corte Federal Suíça chegou a conclusão de que, neste caso, tamanha desavença não deveria prosperar. A própria cláusula 10.2 era muito clara ao estabelecer, em sua última frase, que negociações em andamento não deverão, de forma alguma, constituir qualquer impedimento ao início de procedimentos

arbitrais. Esta parte do dispositivo contratual levou a corte a interpretar o procedimento escalonado como não-vinculante entre as partes.

Contudo, a Suprema Corte foi além e decidiu que, ainda que o primeiro *step* fosse obrigatório, a parte que impugnava o laudo não poderia tê-lo feito de boa-fé, uma vez que não havia nem iniciado qualquer procedimento amigável de resolução de disputas antes ou durante o procedimento arbitral. Em vez disso, a requerida se limitou a questionar a jurisdição do tribunal durante todo o procedimento, não sendo tal objeção suficiente a caracterizar um interesse válido em ver executado um procedimento escalonado de resolução de disputas.

Este caso é um excelente exemplo da importância da redação das cláusulas escalonadas na determinação de sua eficácia. Caso a cláusula não ditasse, expressamente, que o primeiro estágio de solução de controvérsias não impedia o requerimento arbitral, a Suprema Corte teria que aprofundar a discussão sobre a eficácia das cláusulas multietapas. Porém, como a vontade das partes e a força obrigatória dos contratos são princípios observados no plano do direito do comércio internacional, seja para o bem ou seja para o mal, preponderou, ao fim, a vontade das partes de tornar não-vinculante tal disposição.

4.3. O Caso PepsiCo Investment Ltd. v. Sichuan Province Yun Lu Industrial Co. Ltd.¹⁸⁰

Casos envolvendo cláusulas escalonadas são escassos. Porém, são ainda mais raros os casos concretos que tratam da anulação de um laudo arbitral com base no descumprimento de um procedimento escalonado de resolução de disputas previsto em contrato.

¹⁸⁰ *PepsiCo Investment Ltd. v. Sichuan Province Yun Lu Industrial Co. Ltd.* Cheng Min Chu Zi nº. 36, Tribunal Intermediário da Cidade de Chengdu, na Província de Sichuan – decisão datada 30 abril 2008.

Um dos raros exemplares é o caso intitulado *PepsiCo Investment Ltd. v. Sichuan Province Yun Lu Industrial Co. Ltd.* Em 1993, a Sichuan Province Yun Lu Development Industrial Co. (Sichuan), originalmente uma empresa estatal chinesa, celebrou um *Cooperative Joint Venture Contract* com uma controlada chinesa da *PepsiCo, Inc*, a *PepsiCo Investment Ltd.* (PepsiCo.). Este contrato tinha como objeto a criação da *Sichuan Pepsi-Cola Beverage Company Ltd.* (Sichuan-Pepsi), que seria a responsável pela distribuição dos produtos da PepsiCo. na província de Sichuan.

Entre 1997 e 2003, a companhia foi bastante rentável. Além disso, a província de Sichuan era um dos poucos mercados no mundo em que o *market share* dos produtos PepsiCo. era maior do que os de sua maior concorrente, a Coca-Cola.¹⁸¹

Porém, em agosto de 2002, divergências surgiram a partir de dois pontos básicos: (i) o aumento dos preços dos concentrados pela Sichuan-Pepsi; e (ii) a segmentação do mercado da província de Sichuan. Insatisfeita com o andamento da relação contratual, a PepsiCo. ingressou com um requerimento de arbitragem à *Stockholm Chamber of Commerce (SCC)*, conforme previsto na cláusula de resolução de disputas do contrato. Todavia, a cláusula dispunha, ainda, que as partes deveriam submeter quaisquer disputas à negociação antes de levá-las à arbitragem.

Em janeiro de 2005, o tribunal arbitral decidiu em favor da PepsiCo., permitindo a rescisão do contrato. Ao requerer a execução do laudo, porém, a Corte Intermediária de Chengdu, na China, denegou a execução do laudo arbitral, tendo em vista que as partes não cumpriram com o procedimento escalonado previsto em contrato. Assim, o procedimento arbitral não teria

¹⁸¹ *Beijing Arbitration Commission Newsletter*. Disponível em www.bjac.org.cn/zixun/english/100210/daodu.html. Acesso em 1º nov. 2010

sido composto de acordo com a vontade das partes, o que levou a corte à aplicar o Art. V (1) (d) da Convenção de Nova Yorke, anulando, desta forma, o laudo arbitral.¹⁸²

Muito pouco se sabe sobre esse caso além do relatado pela doutrina, uma vez que o caso se encontra sob o sigilo e a confidencialidade oriundos da própria natureza da arbitragem. Porém, por ser um dos poucos casos envolvendo a anulação de laudos arbitrais internacionais pelo descumprimento de cláusulas escalonadas, a decisão da Corte de Chengdu, na China, se torna emblemática. É a partir dele que é plausível afirmar que a possibilidade de aplicação do art. V (1) (d) da Convenção de Nova York de forma a anular laudos oriundos do descumprimento de procedimentos escalonados existe.

4.4. A Jurisprudência ICC

Nos últimos anos, algumas arbitragens sujeitas às regras e à administração da ICC tiveram que lidar com a questão da obrigatoriedade de cumprimento do procedimento escalonado. Entender o posicionamento dos tribunais arbitrais sob tutela da ICC é essencial para perceber como se dá a interpretação das cláusulas escalonadas em outros tribunais arbitrais internacionais.

Num dos primeiros casos da ICC envolvendo *step clauses*,¹⁸³ a cláusula previa à realização de conciliação prévia à arbitragem, administrada segundo as regras da ICC. Quando do surgimento do litígio entre as partes, o requerente recorreu diretamente à arbitragem, descumprindo o procedimento escalonado estabelecido em contrato. O

¹⁸² DARWAZEH, Nadia; YEOH, Friven, Recognition and Enforcement of Awards under the New York Convention--China and Hong Kong Perspectives. *Journal of International Arbitration*. vol. 25. n°. 6. Hong Kong: Wolters Kluwer. 2008. p. 842.

¹⁸³ ICC Case n°. 2.138, de 1974

requerido contestou a jurisdição do tribunal arbitral, por conta da violação da cláusula escalonada. A disposição contratual era expressa no sentido de que a conciliação prévia somente existia como forma de evitar o surgimento de divergências durante a execução do contrato. O tribunal arbitral, então, decidiu que essa disposição não se aplicava aos fatos do caso concreto, concluindo, portanto, que tinha jurisdição sobre a causa, uma vez que a redação da cláusula não vinculava as partes ao primeiro estágio conciliatório.¹⁸⁴

Em um outro precedente ICC,¹⁸⁵ as partes acordaram em submeter quaisquer disputas “*to senior management representatives of the parties who will attempt to reach an amicable settlement within fourteen calendar days after submission.*” A inclusão da obrigação de participação de dirigentes de alto escalão dentro uma empresa é muito comum nestes tipos de cláusulas, uma vez que executivos *senior* têm mais experiência neste tipo de procedimentos, o que torna mais efetiva a conciliação, permitindo que as partes preservem suas relações comerciais.¹⁸⁶ Apesar de as partes terem realizado reuniões cuja finalidade era resolver amigavelmente a disputa, o requerido alegou que a requerente havia sido representada por seus “*legal representatives*” e, portanto, descumpriu a cláusula *multi-tiered*. O árbitro-único decidiu que as tentativas de solução amigável foram válidas,¹⁸⁷ e que as alegações do requerido consistiam em uma

¹⁸⁴ WOLRICH, Peter M. Multi-tiered clauses: ICC perspectives in the light of the new ICC ADR Rules. *International Bar Association Conference*. Durban: International Bar Association, 2002. p. 2.

¹⁸⁵ ICC Case n°. 9977; Laudo Final de 22 jun. 1999

¹⁸⁶ CHAPMAN, Simon. Op. cit. p. 90

¹⁸⁷ O árbitro decidiu que “*Nevertheless, a prior mandatory process of communication between the parties in conflict cannot be understood as a process wherein a formal description of its contents (such as description of the representatives, timing provisions, formal encounters) is of the essence. A prior process (...) rather implies an attitude and behavior of the parties inspired in a true and honest purpose of reaching an agreement. Henceforth, if one of the parties considers in good-faith that its counterpart is not authentically committed to foster the possibilities of settling the dispute, for instance because of the quality of this representative, it is expected that the former would express so during the process.*”

argumentação pós-factual, que deveria ter sido levantada no momento das negociações.¹⁸⁸

Em outros casos concretos, a ICC também decidiu neste sentido.¹⁸⁹ Em muitos deles, os tribunais arbitrais deixaram a entender que as cláusulas escalonadas podem produzir eficácia *processual* caso a redação do dispositivo contenha qualquer elemento que possa torná-la vinculante.¹⁹⁰

No entanto, esta posição não é majoritária. Em outras oportunidades,¹⁹¹ tribunais arbitrais decidiram dar eficácia *processual* às cláusulas escalonadas de resolução de disputas, obrigando, portanto, as partes a executarem o procedimento escalonado previsto em contrato.

Em um destes casos,¹⁹² as partes incluíram num contrato uma cláusula escalonada incluindo três níveis de resolução de disputas: (i) negociações amigáveis; (ii) caso fossem infrutíferas, a disputa seria submetida a revisão por um engenheiro; e (iii) caso qualquer das partes não concordasse com a decisão do engenheiro, então - e somente então - a lide poderia ser levada à arbitragem, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da decisão dada pelo engenheiro.

Uma vez que a disputa chegou à arbitragem, o requerido logo levantou objeção à jurisdição do tribunal arbitral, pelo descumprimento do procedimento escalonado previsto em contrato. Os árbitros encontraram provas suficientes de que as partes haviam cumprido com o primeiro *step*. No entanto, restou também comprovado que o requerente não havia levado

¹⁸⁸ JOLLES, Alexander. Op. cit. p. 334.

¹⁸⁹ ICC Case n°. 8462; Laudo Final de 27 jan. 1997 e ICC Case n°. 10256; Laudo Parcial de 12 ago. 2000.

¹⁹⁰ Neste sentido, cf. WOLRICH, Peter M. Op. cit. p. 3.

¹⁹¹ Nos casos envolvendo a interpretação da cláusula 67 das Condições da FIDIC, por exemplo, os tribunais arbitrais tendem a prover a suspensão do procedimento arbitral e referir as partes à execução do escalonamento de procedimentos de ADR previsto em contrato. Neste sentido, cf. ICC Cases n°. 6238, 6276, 6277 e 6535 e WOLRICH, Peter M. Op. cit. p. 3.

¹⁹² ICC Case n°. 6276; Laudo Parcial de 29 jan. 1990.

a demanda para a revisão do engenheiro, sob dois argumentos: (i) por conta da finalização das operações e entrega dos trabalhos, já era tarde recorrer a decisão do engenheiro; e (ii) o fato de o requerido não ter informado o nome do engenheiro responsável por resolver a demanda resultou na dispensa da obrigação de submeter a lide ao segundo estágio.

O tribunal arbitral rejeitou ambas as alegações. Na decisão, os árbitros resolveram que o cumprimento do segundo *step* era obrigatório, uma vez que o procedimento escalonado foi celebrado de comum acordo entre as partes e estava sujeito à regras precisamente delimitadas na própria cláusula. Por estes motivos, o tribunal decidiu que o requerente não havia cumprido os requisitos dispostos na cláusula de resolução de disputas do contrato, tornando a arbitragem prematura.¹⁹³

Pela análise do conjunto dos casos ICC, não é possível chegar a qualquer conclusão se há ou não posição pacífica sobre o tema. Todavia, prevalece, ainda assim, o entendimento majoritário de que a eficácia - e a consequente execução obrigatória - da cláusula multietapas dependem exclusivamente da vontade das partes, expressa na redação do próprio dispositivo contratual.

¹⁹³ O tribunal arbitral se referiu expressamente à prematuridade da demanda: “[The request for arbitration] *is certainly not impossible for the future, [but] is at presente premature*”. Cf. JOLLES, Alexander. Op. cit. p. 333.

CONCLUSÃO

As cláusulas escalonadas de resolução de disputas são uma das boas opções de métodos alternativos de resolução de litígios em determinadas espécies contratuais. Sua aplicação constitui, sem dúvidas, um dos temas de estudo mais interessantes dentro do comércio internacional, muito por conta das controvérsias contemporâneas que as cercam.

O séc. XX trouxe consigo um movimento em prol da busca pela eficiência jurídica e econômica na solução de controvérsias. Deste movimento moderno nascem os métodos alternativos de resolução de disputas, tais como a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem, entre outros. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a solução célere e pacífica da controvérsia são elementos basilares dos ADR e constituem excelentes *standards* para determinar sua eficácia econômica e jurídica.

Ambas as espécies de métodos de resolução de controvérsias têm relevante papel no campo transnacional. Tanto os métodos *autocompositivos* – que buscam a solução amistosa do litígio – quanto os *adjudicatórios* – que resolvem a controvérsia de modo final e vinculante – são meios de composição do procedimento escalonado: as técnicas de *autocomposição* produzem sua plena eficácia quando presentes nos primeiros *steps* dentro da causa escalonada, de forma a impedir que controvérsias menores cresçam e saiam do controle das partes,¹⁹⁴ enquanto que métodos de *adjudicação* tem a nobre função de resolver a lide de forma final e cogente, produzindo uma decisão vinculante entre as partes.

Conceder às partes a chance de optar pelo método de resolução de conflitos levou ao desenvolvimento de soluções criativas para dirimir lides contratuais. Dentre as tendências modernas, destacam-se a os chamados

¹⁹⁴ BERGER, Klaus Peter. Op. cit. p.1.

dispute boards. A grande vantagem de utilizá-los está no fato de o *board* ser constituído antes de surgir o conflito: os técnicos que compõem o painel poderão seguir as obras desde o começo, próximo às partes e aos fatos relevantes da construção. Assim, poderá o *board* examinar de forma mais célere as divergências existentes.¹⁹⁵ Apesar de terem sua origem nos grandes contratos de engenharia, a doutrina encoraja a utilização deste método de resolução divergências em outras espécies de contratos, contribuindo para o desenvolvimento do instituto no comércio internacional.

Ademais, o estudo dos princípios que regem o direito do comércio internacional tem seu lado prático. A autonomia das vontades, a separabilidade das cláusulas de resolução de disputas e o *kompetenz-kompetenz* servem como guia na procura da natureza do instituto das cláusulas escalonadas de resolução de disputas.

Os demais pontos envolvendo as cláusulas multietapas estão intimamente ligadas às suas possíveis interpretações. Sob esta égide, a redação do dispositivo se torna, então, o principal foco no exame da eficácia e obrigatoriedade do cumprimento dos procedimentos escalonados.

As cláusulas escalonadas produzem, segundo os autores, duas espécies de efeitos. A eficácia *contratual* é atingida se interpretado o dispositivo a partir da teoria geral dos contratos. Nesta hipótese, elas se revestem como meras disposições contratuais, constituindo seu descumprimento um inadimplemento contratual, cujo remédio passa pela compensação monetária das perdas e danos incorridas pela parte inadimplida.¹⁹⁶ Todavia, examinando a cláusula como uma disposição de

¹⁹⁵ WALD, Arnold. Op. cit. p. 18.

¹⁹⁶ LEMES, Selma Ferreira. *Cláusula Escalonada, Mediação e Arbitragem*. Disponível em http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=84. Acesso em 4 jul. 2010.

natureza processual, ainda que encravada em um instrumento contratual, é possível alcançar a sua eficácia *processual*. Nesta hipótese, a violação de estágios previstos na *step clause* tem como consequência a falta de jurisdição do tribunal arbitral.¹⁹⁷

Ainda que o estudo das eficácias produzidas pelas cláusulas escalonadas de resolução de disputas seja de extremo interesse e importância, serão as cortes e tribunais arbitrais internacionais que decidirão, sob as linhas delimitadoras dos casos concretos, se as partes serão obrigadas ou não a cumprirem com o previsto no procedimento escalonado.

Segundo os casos analisados, não há posição pacífica na jurisprudência internacional quanto à obrigatoriedade da execução do escalonamento de métodos de ADR. Porém, é possível extrair uma regra maior destes precedentes: tanto a eficácia quanto a obrigatoriedade de cumprimento das *step clauses* dependerão da interpretação dada pela jurisprudência à redação das cláusulas escalonadas de resolução de disputas.

Em suma, o estudo de todos os pontos levantados ao longo deste trabalho tem imensa relevância para a compreensão do instituto no âmbito do direito do comércio internacional. Apesar de serem instrumentos importantes na resolução de conflitos comerciais transnacionais, as cláusulas escalonadas ainda impõem determinados obstáculos legais que precisam ser ultrapassados para que sua utilização se torne uma forma segura de dirimir conflitos não somente no campo do direito do comércio internacional, mas também na prática comercial brasileira.

¹⁹⁷ CREMADES, Bernardo M. Op. cit. p. 6.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A Teoria dos Jogos: Uma Fundamentação Teórica dos Métodos de Resolução de Disputa. In. AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa UnB, 2003. p. 175-199.

ARAÚJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 352 p.

_____, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 620 p.

BERG, Jan van den. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Haia: Kluwer Law International, 1981. 480 p.

BERGER, Klaus Peter. Law and Practice of Escalation Clauses. *Arbitration International: Journal of the London Court of International Arbitration*. vol. 22. nº. 1. Londres: Kluwer Law International, 2006. 1-17 p.

BLACKABY, Nigel et al.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5ª Edição. Nova York: Oxford University Press, 2009. 776 p.

BLESSING, Marc. The Mediation Rules of WIPO and Others: A Ticket to Paradise or into a Better Mousetrap. *Conference on Rules for Institutional Arbitration and Mediation*. Genebra: OMPI, 1995. 119–135 p.

BOOG, Christopher. How to Deal with Multi-tiered Dispute Resolution Clauses; Note on the Swiss Federal Supreme Court's Decision 4A_18/2007 of 6 June 2007. *ASA Bulletin*. vol. 26. nº. 1. Haia: Kluwer Law International, 2008. p 103-112.

BORN, Gary. *International commercial arbitration: commentary and materials*. 2ª Edição. Haia: Kluwer Law International, 2001. 1.149 p.

CAIRNS, David J. A. Mediating International Commercial Disputes: Differences in U.S. and European Approaches. *Dispute Resolution Journal*. vol. 60. Nova York: American Arbitration Association, 2005. p.62-69.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1968. 528 p.

CHAPMAN, Simon. Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith. *Journal of International Arbitration*. vol. 27, n.º. 1. Hong Kong: Wolters Kluwer. 2010. p. 89-98.

CREMADES, Bernardo M. Multi-tiered Dispute Resolution Clauses. *CPR Institute for Dispute Resolution*. New York: CPR Institute for Dispute Resolution. p. 1-14.

DARWAZEH, Nadia; YEOH, Friven, Recognition and Enforcement of Awards Under the New York Convention - China and Hong Kong Perspectives. *Journal of International Arbitration*. vol. 25. n.º. 6. Hong Kong: Wolters Kluwer. 2008. p. 842.

DEUTSCH, Morton. *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*. 2ª Edição. New Haven e Londres: Yale University Press, 1973. 448 p.

DIDIER Jr., Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. 10ª Edição. Salvador: Podium, 2008. 594 p.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1999. 400 p.

ERLANK, Wian. *Enforcement of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses*. Stellenbosch. 2002. 50 p. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de Stellenbosch.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e Prática da Cláusula Penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. 350 p.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Orgs.). *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999. 1.320 p.

HANESSIAN, Grant; NEWMAN, Lawrence W. (Org.). *International Arbitration Checklist*. 2ª Edição. Nova York: JurisNet, 2009. 439 p.

JOLLES, Alexander. Consequences of multi-tier arbitration clauses: issues of enforcement. *Arbitration: the Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*. n.º. 72. Londres: Chartered Institute of Arbitrators. p. 329-338.

JUENGER, Friedrich K. The Lex Mercatoria and Private International Law. *Louisiana Law Review*. n.º 60. Louisiana: WestLaw, 2000. p. 1-17.

LAGARDE, Xavier. L'Efficacité des Clauses de Conciliation ou de Médiation. *Revue de l'arbitrage*. n°. 3. Paris: Librairies Techniques, 2000. p. 377-401.

LEMES, Selma Ferreira. As Peculiaridades e os Efeitos Jurídicos da Cláusula Escalonada: Mediação ou Conciliação e Arbitragem. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 359-376.

_____. *Cláusula Escalonada, Mediação e Arbitragem*. Disponível em oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=84. Acesso em 4 jul. 2010.

_____. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. *Revista do Advogado*. n° 51. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo. 1997. p. 32-35.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 512 p.

MISTELIS, Loukas. *Concise International Arbitration*. 1ª Edição. Haia: Kluwer Law International, 2010. 1136 p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 356 p.

NETO, José Cretella. *Curso de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 533 p.

WIJNEN, Otto Witt. ADR: The Civil Law Approach. *Arbitration: the Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*. vol. 61. n°. 1. Londres: Chartered Institute of Arbitrators, 1995. p. 38-39.

PALMER, Eduardo; LOPEZ, Eliana. The Use of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in Latin America: Questions of Enforceability. *The American Review of International Arbitration*. n° 14. New York: Juris Publishing, 2003. 285-293 p.

PAULSSON, Jan. L'adaptation du contrat. *Revue de l'arbitrage*. n°. 2. Paris: Librairies Techniques, 1984, 249-257 p.

_____ et al.. *The Freshfields Guide To Arbitration and ADR, Clauses in International Contracts*. 2ª Edição. Haia: Kluwer Law International, 1999. 192 p.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*. Ano 1. vol. I. n°. 1. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, 2001. p. 1-13.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol I. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 718 p.

_____. *Instituições de Direito Civil*. vol II. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 430 p.

_____. *Instituições de Direito Civil*. vol. III. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 472 p.

PINTO, José Emilio Nunes. O Mecanismo Multi-Etapas de Solução de Controvérsias. Disponível em:
www.camarb.com.br/areas/subareas_conteudo.aspx?subareano=33. Acesso em 01 set. 2010.

PRYLES, Michael. Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses. *Journal of International Arbitration*. vol. 18. n°. 2. Hong Kong: Wolters Kluwer. 2001. p. 159.

RAY, A.; SABHARWAL, D. Competence-Competence: An Indian Trilogy. Disponível em:
www.whitecase.com/files/Publication/d0c6c57e-1572-4dc2-ab61-0cea3d1f728e/Presentation/PublicationAttachment/7aaf8a79-1ac1-45ea-b197-189ff1e4ce87/article_IndianTrilogy_Competence.pdf.

RISKIN, Leonard L.; WELSH, Nancy A. Is That All There Is? “The Problem” in Court-Oriented Mediation. *George Mason Law Review*. vol. 15. Arlington: George Mason University School of Law, 2008. p. 863-932.

ROSA, Pérsio Thomaz Ferreira. Os *Dispute Boards* e os Contratos de Construção. Disponível em www.frosa.com.br/docs/artigos/Dispute.pdf. Acesso em 06 out. 2010.

SANDERS, Pieter. ADR in Civil Law Countries. *Arbitration: the Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*. vol. 61. n°. 1. Londres: Chartered Institute of Arbitrators, 1995. p.35-36.

SCANLON, Kathleen M.; MANN, Harpreet K. A Guide to Multistep Dispute Resolution Clauses. *Alternatives to the High Cost of Litigation*. vol. 20. n°. 1. New York: International Institute for Conflict Prevention & Resolution, 2002. p. 1-4.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. vol. III. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. 462 p.

SEVERIN, Evelyne; LASCOURNES, Pierre et LAMBERT, Thierry. *Transactions et pratiques transactionnelles*. Economica: Paris, 1987. 526 p.

SGUBINI, Alessandra; PRIEDITIS Mara; MARIGHETTO Andrea. *Arbitration, Mediation and Conciliation: differences and similarities from an International and Italian business perspective*. Disponível em: <http://www.mediate.com/articles/sgubinia2.cfm>. Acesso em 1º out. de 2010.

STRENGER, Irineu. *Arbitragem Comercial Internacional*. São Paulo: Ed. LTR, 1996, 639 p.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Orgs.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. vol. II. Rio de Janeiro: Editoria Renovar, 2006. 909 p.

TIMM, Luciano Benetti. A cláusula de eleição de foro *versus* a cláusula arbitral em contratos internacionais: qual é a melhor opção para a solução de disputas entre as partes? *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 3. nº. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 21-35.

_____. *O Novo Direito Civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 204 p.

VOSER, Nathalie. Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses by National Courts and Arbitral Tribunals – The Civil Law Approach. *International Bar Association Conference*. Durban: International Bar Association, 2002. p. 1-13.

WALD, Arnaldo. A Arbitragem Comercial e os Dispute Boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 2. nº 6. São Paulo: Revista dos Tribunais. Julho-setembro de 2005. p. 9-24.

WOLRICH, Peter M. Multi-tiered clauses: ICC perspectives in the light of the new ICC ADR Rules. *International Bar Association Conference*. Durban: International Bar Association, 2002. p. 1-7.