

A Importância da Cláusula de Mediação

Cristiane Dias Carneiro

Mestre em Direito e Economia pela Universidade Gama Filho. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes. Especialista em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getulio Vargas. Advogada no Rio de Janeiro. Autora de artigos sobre arbitragem e mediação. Palestrante e professora dos cursos de MBA e Pós-Graduação da FGV e da PUC-RJ. Mediadora certificada pelo ICFML - Instituto de Certificação de Mediadores Lusófonos.

RESUMO: Este artigo trata da mediação extrajudicial e da cláusula de mediação inserida em contratos. O Princípio da Autonomia de Vontade das Partes ganha destaque na cláusula de mediação. A participação da Administração Pública também é analisada do presente artigo.

PALAVRAS-CHAVES: Mediação extrajudicial. Cláusula de Mediação e espécies. Princípio da Autonomia de Vontade. Administração Pública.

ABSTRACT: This article analyses the mediation clause written in contracts and its consequences. The parties' willingness is very important in this process. The Public Administration's participation in a mediation process is also studied.

KEYWORDS: Mediation. Mediation clause and its types. Voluntary Principle. Public Administration.

INTRODUÇÃO

A escolha por este tema decorre da necessidade em demonstrar a importância da cláusula de mediação no cenário brasileiro e as suas consequências, principalmente diante da nova Lei de Mediação (nº 13.140/2015), publicada em junho de 2015.

Partiu-se do pressuposto de que o leitor já está familiarizado com o instituto da mediação. Em alguns momentos, são feitas comparações entre os institutos da mediação e arbitragem, mas, quando necessário, esclarecimentos sobre este último instituto são prestados.

A Lei de Mediação faz menção expressa à cláusula de mediação e à sua finalidade. Alguns princípios da mediação também foram estudados para identificar a importância da cláusula de mediação e suas consequências.

O presente trabalho foca somente na mediação extrajudicial, pois na mediação judicial, conforme a Lei da Mediação, em alguns casos, como, por exemplo, direito de família, mesmo que não haja cláusula de mediação firmada pelas partes, o processo terá mediação judicial. O cenário analisado foi a cláusula prevendo mediação extrajudicial inserida em um contrato firmado entre particulares e/ou entes públicos.

PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE VONTADE DAS PARTES

Pode-se dizer que este é o princípio fundamental dos meios adequados de solução de controvérsias. Ninguém pode ser obrigado a participar de um meio se, em algum momento, com ele não concordou. Até mesmo na mediação obrigatória, este princípio prevalece, pois a obrigatoriedade está no comparecimento à primeira sessão/reunião, mas as partes escolhem se desejam permanecer ou não^{1 2}.

Destaca Fernanda Rocha Lourenço Levy³:

1 **TJ/RJ - 0035588-44.2015.8.19.0000** - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA - Julgamento: 16/07/2015 - VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DETERMINOU A REMESSA DOS AUTOS À CENTRAL DE MEDIAÇÃO. - A mediação é instrumento que visa evitar a judicialização dos conflitos, porque a solução não decorre de decisão imposta por um terceiro, mas é alcançada de forma autônoma e consensual pelas partes, sendo da própria essência do instituto que as partes estejam interessadas na solução pela via da autocomposição. - Neste âmbito, se alguma das partes não tem interesse na mediação a composição não será possível, como ocorre no caso em tela, em que a agravante manifesta expressamente sua discordância prévia a tentativa de solução alternativa para o conflito instaurado em face do agravado. - É importante notar que, embora a mediação seja desejável e deva ser estimulada pelo Poder Judiciário como mecanismo de resolução dos conflitos, não pode jamais ser imposta de forma obrigatória às partes. - Portanto, manifestada a discordância da agravante quanto à proposta de resolução da demanda por mediação, forçoso reconhecer que a remessa dos autos à Central de Mediação apenas retardaria o feito, resultando em prejuízo para a parte, e ferimento dos princípios da celeridade e da economia processual. PROVIMENTO MONOCRÁTICO DO RECURSO

2 **TJ/RJ - 0027507-09.2015.8.19.0000** - AGRAVO DE INSTRUMENTO. DES. LEILA ALBUQUERQUE - Julgamento: 26/06/2015 - VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Demanda ajuizada em razão de problemas decorrentes da instalação de programa operacional de computador. Determinação de remessa da lide mediação no Centro Judiciário de Solução de Conflitos. Resolução nº 19/2009 deste Tribunal determina a vontade como pressuposto para o procedimento. Inconformismo da Autora que deve ser acolhido para determinar o retorno dos autos ao Juízo a quo. RECURSO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO.

3 LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas – A mediação comercial no contexto da arbitragem**. Ed. Saraiva. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: 2013. p. 177.

A vontade das partes em tentar resolver o conflito no qual estão envolvidas, por meio do diálogo amigável facilitado pelo mediador, é a força matriz e motriz da mediação. (...), a mediação pode ocorrer tanto no âmbito estatal como no privado, mas em todos os casos, sempre lastreada no princípio da autonomia privada dos mediandos.

Conforme definição de Francisco dos Santos Amaral Neto⁴:

Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional....

Complementa Vivien Lys Porto Ferreira da Silva⁵:

A liberdade contratual para garantir segurança jurídica nos negócios jurídicos precisa estar limitada na ordem da supremacia da ordem pública.

Esta limitação transformou o princípio da livre manifestação da vontade no princípio da autonomia privada, segundo o qual as partes têm o poder de criar normas jurídicas individuais desde que haja respeito às normas que tutelam a esfera jurídica do próximo e na função social do contrato. Em outras palavras, as cláusulas contratuais estabelecidas entre sujeitos de direito devem sempre preservar as condições mínimas de uma existência digna para todas as partes contratantes e para os efeitos externos que todo e qualquer contrato causa.

A recente lei brasileira, publicada em junho de 2015, dispondo sobre a mediação (Lei nº 13.140/2015) determinou como princípios:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

I - imparcialidade do mediador;

II - isonomia entre as partes;

4 *Apud* RICHE, Cristina Ayoub. **Lei de Arbitragem nº 9.307/96 – Uma solução alternativa para os conflitos de ordem jurídica**. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2001. p. 127.

5 SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira. **A aderência da cláusula de mediação nos contratos sob a ótica dos princípios contratuais – Efetividade privada versus judicialização**. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 46. ano 12. p. 177. São Paulo: Ed. RT, jul.-set.2015.

- III - oralidade;
- IV - informalidade;
- V - autonomia da vontade das partes;**
- VI - busca do consenso;
- VII - confidencialidade;
- VIII - boa-fé.

§ 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação. **(grifo nosso)**

A manifestação do princípio da autonomia de vontade das partes costuma ser demonstrada, para a participação em um processo de mediação, pela via da cláusula de mediação.

Diferentemente da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996, alterada pela Lei nº 13.129/2015), a Lei de Mediação não fez diferenciação do tipo de convenção (dependendo do momento de sua assinatura) e nem da sua formalidade. Dispõe a Lei de Arbitragem:

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Assim, a cláusula compromissória é a convenção de arbitragem assinada antes do surgimento do litígio. Enquanto o compromisso arbitral é a convenção de arbitragem firmada após o surgimento do litígio.

Conforme Fernanda Rocha Lourenço Levy⁶:

A convenção de mediação privada, em relação ao momento da estipulação e ao surgimento do conflito, se subdivide em cláusula de mediação, inserta no início da relação contratual, prevendo a possibilidade de surgimento de um conflito futuro, a ela relacionado, e compromisso de mediação, diante de um conflito contratual ou extracontratual já existente entre as partes.

A configuração da convenção de mediação nos remete à ideia da convenção de arbitragem, em suas modalidades cláusula arbitral e compromisso arbitral, aliás, subdivisão superada nos ordenamentos jurídicos que conferem eficácia idêntica às duas previsões, ou seja, instituir a arbitragem e afastar a jurisdição estatal.

Prossegue a autora⁷:

Também em relação à função desempenhada pela cláusula e pelo compromisso, podemos apontar um elemento diferenciador. Se pela cláusula de mediação, as partes objetivam construir a solução de eventual conflito de maneira independente e autônoma, evitando que a decisão seja proferida por terceiro (árbitro ou juiz togado), no contexto do compromisso, quando o conflito já está judicializado (e pode não estar), o objetivo é a retomada do poder das partes na condução do processo decisório. Assim, enquanto a previsão de mediação pela cláusula conduz a prevenção da jurisdicionalização do conflito, o compromisso tem função restauradora ao representar uma mudança de rumo no sentido da pacificação do conflito.

A Lei de Mediação simplesmente adotou o termo “Cláusula de Mediação”, mas observa-se que a lei se refere à manifestação em um contrato, antes do surgimento da controvérsia. A lei não faz a diferenciação do tipo

⁶ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *op. cit.* p. 171.

⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *op. cit.* p. 185.

de convenção de mediação, como fez a Lei de Arbitragem, porém observa-se também que não há impedimento para a assinatura da convenção depois do surgimento da controvérsia.

A cláusula de mediação é a forma como as partes exercem a sua autonomia e manifestam a sua vontade em participar da mediação. Para participar da mediação, pouco importa se a manifestação foi demonstrada antes ou depois do surgimento da controvérsia.

Conforme Fernanda Rocha Lourenço Levy⁸:

Entende-se por convenção de mediação privada a previsão contratual realizada entre duas ou mais pessoas capazes, na qual fica estabelecido que as partes se comprometem a participar de um procedimento de mediação para tentarem resolver amigavelmente um conflito que verse sobre direito transacionável, existente, ou que venha existir entre elas, precedentemente à tutela jurisdicional estatal ou arbitral.

Ao contrário da cláusula de cortesia que estabelece deveres genéricos de entabular conversações de maneira amigável, como acima referido, a convenção de mediação prevê uma obrigação específica de solucionar o conflito existente ou futuro por meio da mediação.

Como a Lei de Mediação não exigiu, diferentemente da Lei de Arbitragem, que a cláusula fosse por escrito e expressa, nosso entendimento é que a cláusula de mediação pode estar presente, inclusive, em um contrato verbal, uma vez que, conforme previsto no artigo 107 do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002):

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Tendo em vista que a Lei de Mediação não exigiu forma específica, não poderá o intérprete da lei fazê-lo.

Desta forma, o Plano de Mediação deverá delimitar os tópicos a serem tratados pelas partes e outras questões para o bom andamento da mediação. Conforme identifica Tania Almeida⁹:

⁸ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *op. cit.* p. 171.

⁹ ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação: Aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2014. p. 42.

A pauta de negociação se constrói a partir da identificação de interesses (manifestos e ocultos), necessidades e valores trazidos durante os relatos. São objetivos nesse momento: (i) tornar claros os temas objetivos e subjetivos que carecem de consenso – o recurso visual para elenca-los costuma ser de muito auxílio (quadro branco, negro ou *flipchart*); (ii) agrupar os diferentes assuntos e eleger sua ordem de abordagem no trabalho de ampliação de alternativas e escolha de opções.

O impacto esperado indicado pela autora é que¹⁰

Os mediandos reconhecem seus interesses, necessidades e valores retratados na pauta de negociação, em linguagem positiva, o que possibilita um maior distanciamento de sentimentos negativos que embasavam muitos de seus relatos na etapa anterior.

No entanto, Cristina Ayoub Riche¹¹ observa que o princípio da vontade sofre algumas limitações, dentre elas, os preceitos de ordem pública e bons costumes, e as imposições legais (por exemplo, com relação ao objeto. Conforme art. 3º da Lei de Mediação, só pode ser objeto de mediação os direitos disponíveis ou direitos indisponíveis, mas transigíveis. Mesmo que as partes queiram e exerçam o princípio da autonomia de vontade, elas não podem mudar).

ESPÉCIES DE CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO

A cláusula compromissória que prevê a arbitragem pode ser cheia ou vazia. Cheia é aquela que contém todos os elementos necessários para que as partes possam iniciar o processo de arbitragem. Vazia é aquela que não contém todos estes elementos.

Esta diferenciação também pode ser utilizada para a mediação. Assim, a cláusula de mediação cheia seria aquela que já oferece às partes a possibilidade de iniciar a mediação assim que surja a controvérsia. Por outro lado, a cláusula de mediação vazia é aquela que demanda que as partes, após o surgimento da controvérsia, se reúnam para definir os elementos necessários.

A espécie de cláusula de mediação também é uma decorrência direta do princípio da autonomia de vontade das partes. Cabe às partes, e somente a elas,

10 ALMEIDA, Tania. *op. cit.* p. 43

11 RICHE, Cristina Ayoub. *op. cit.*, p. 128.

escolher como gostariam de fazer a cláusula de mediação. As partes podem escolher o idioma, o local das reuniões, a quantidade de mediadores, ou seja, todos os elementos necessários para iniciar a mediação, quando necessário.

As partes podem, inclusive, escolher uma cláusula modelo de uma Câmara/Instituição que tenha mediação em seu regulamento. O objetivo desta cláusula-modelo é orientar e facilitar a indicação de uma Câmara e, conseqüentemente, seu regulamento. Todavia, não há obrigatoriedade em sua utilização. A redação da cláusula é livre.

As partes podem, também, indicar se, sendo infrutífera a mediação, elegerão outro meio adequado de solução de controvérsia, como, por exemplo, a arbitragem ou se acionarão diretamente o Poder Judiciário. Em virtude do princípio da autonomia de vontade das partes, elas podem escolher mais de um meio de solução de controvérsias, desde que haja compatibilidade com esta eleição.

Conforme Fernanda Rocha Lourenço Levy¹²:

Cláusulas escalonadas são estipulações que preveem a utilização sequencial de meios de solução de controvérsias, em geral mediante a combinação de meios consensuais e adjudicatórios.

Eis o modelo de cláusula prevendo mediação e arbitragem indicado pelo Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem - CBMA:

“Todas as controvérsias oriundas ou relacionadas ao presente contrato serão encaminhadas ao CBMA - Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem para que sejam resolvidas, primeiramente, por mediação, nos termos do respectivo Regulamento. Não logrando êxito a mediação, a controvérsia será resolvida por arbitragem, nos termos do Regulamento do CBMA, por um ou mais árbitros nomeados nos termos do referido Regulamento.”

A Câmara de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá possui dois modelos de cláusulas:

“Qualquer conflito originário do presente contrato será submetido obrigatoriamente à Mediação, administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio

12 LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *op. cit.* p. 173.

Brasil-Canadá (“CAM/CCBC”), de acordo com o seu Roteiro e Regimento de Mediação, a ser coordenada por Mediador participante da Lista de Mediadores do CAM/CCBC, indicados na forma das citadas normas.”

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

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

A clara redação da cláusula de mediação merece atenção especial quando uma das partes for a Administração Pública. Segundo a Lei de Mediação (art 1º) a Administração Pública poderá participar de mediação, todavia, como se trata de órgão público, devemos observar princípios constitucionais que são específicos, dentre eles, o Princípio da Legalidade (Constituição Federal, art. 37). Conforme José dos Santos Carvalho Filho¹³:

O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei.

Ademais, devemos analisar outras leis que tratam da Administração Pública, dentre elas, a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), que no parágrafo único do art. 60 prevê que a Administração Pública não pode fazer contrato verbal:

Art. 60 parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007, 17.

de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea “a” desta Lei¹⁴, feitas em regime de adiantamento.

Assim, para a Administração Pública participar de mediação, a cláusula deve ser expressa e escrita, caso contrário, não será possível obrigar a Administração Pública a participar da primeira sessão/reunião de mediação.

FORÇA DA CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO

Quando a Lei de Arbitragem foi publicada, trouxe uma importante alteração para o instituto, qual seja: a força obrigatória e vinculante da cláusula compromissória. Antes da Lei de Arbitragem, a parte conseguia evitar que a arbitragem tivesse início. Com o advento da lei específica sobre arbitragem, havendo cláusula compromissória, as partes deverão ir para a arbitragem, não podendo se socorrer do Poder Judiciário para analisar a questão indicada na cláusula compromissória (seja para o exame ou reexame da matéria).

A Lei de Mediação não trouxe esta alteração para o instituto da mediação, até mesmo porque, pela própria natureza da mediação, não caberia. O § 2º do artigo 2º da Lei de Mediação reforça esta característica da mediação (“Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.”). Todavia, trouxe a obrigatoriedade em participar da primeira sessão/reunião de mediação se houver cláusula de mediação. Dispõe o § 1º do artigo 2º da Lei de Mediação:

Art. 2º § 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

Assim, a alteração que a Lei de Mediação trouxe foi sobre o início do processo de mediação, ou seja, a mediação deve ser iniciada. Pode ser que ela seja infrutífera, mas a primeira sessão/reunião deve ocorrer.

A cláusula de mediação também não tem a força de excluir da apreciação do Poder Judiciário a matéria ali indicada, como ocorre com a convenção de arbitragem. A Lei de Arbitragem já foi declarada constitucional

14 R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)

(Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206¹⁵). A cláusula de mediação não tem essa força, pois o resultado da mediação é um título executivo extrajudicial onde são as próprias partes que celebram o acordo. Ademais, conforme visto nos modelos de cláusula padrão de algumas Câmaras, é possível, primeiro, utilizar a mediação e, em sendo infrutífera, depois, recorrer ao Poder Judiciário ou à arbitragem para que haja uma decisão por terceiro daqueles pontos que foram discutidos na mediação.

Apesar de não ter a força de exclusão do Poder Judiciário, em sendo iniciado um processo judicial, é possível a suspensão deste para sessões de mediação. Em agosto de 2016, houve a I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF). Neste evento, foram aprovados enunciados que “visam aprimorar aspectos normativo-jurídicos e estimular políticas públicas e privadas para a mediação, a conciliação e a arbitragem”¹⁶. Dispõe o Enunciado nº 21¹⁷:

15 1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de “guarda da Constituição” - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).

16 Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/setembro/cjf-publica-integra-dos-87-enunciados-aprovados-na-i-jornada-prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>>. Acesso em 02.04.2017, as 20h.

17 Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669>. Acesso em 02.04.2017, as 20h.

21 É facultado ao magistrado, em colaboração com as partes, suspender o processo judicial enquanto é realizada a mediação, conforme o art. 313, II, do Código de Processo Civil, salvo se houver previsão contratual de cláusula de mediação com termo ou condição, situação em que o processo deverá permanecer suspenso pelo prazo previamente acordado ou até o implemento da condição, nos termos do art. 23 da Lei n.13.140/2015.

Em junho de 2012, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 485 com o seguinte teor:

A lei da arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes de sua edição.

Com isto, houve um reforço da obrigatoriedade e vinculação da cláusula compromissória. O Superior Tribunal de Justiça ainda não teve a oportunidade de se manifestar sobre a obrigatoriedade na participação na primeira sessão/reunião de mediação nos contratos que contenham cláusula de mediação.

Antes da Lei de Mediação, a parte que não quisesse comparecer à primeira sessão/reunião de mediação, mesmo que o contrato contivesse cláusula de mediação, não seria obrigada. Com o advento da Lei de Mediação, vimos que há a obrigatoriedade em comparecer, mas não em permanecer.

No caso da arbitragem, antes da Lei de Arbitragem havia a necessidade de dois instrumentos para iniciar a arbitragem: cláusula compromissória e compromisso arbitral. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça foi que a autonomia de vontade da parte foi manifestada na cláusula compromissória inserida no contrato, logo, esta cláusula teria força obrigatória e vinculante para iniciar a arbitragem. Não sendo mais necessária a assinatura do compromisso arbitral.

O mesmo pode ser entendido no caso de contratos que contenham cláusula de mediação, ou seja, a Lei da Mediação deveria ser aplicada a estes contratos, ainda que eles tivessem sido celebrados antes da edição da Lei de Mediação. O principal motivo é que houve manifestação de vontade das partes neste sentido e o § 1º do artigo 2º dispõe que “Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.”

O objetivo desta interpretação seria evitar que a parte que estivesse de má-fé, ou que tivesse qualquer outro motivo ou interesse para não iniciar a mediação, não lograsse êxito. Com isso, preserva-se a segurança jurídica dos contratos, os princípios da boa-fé na fase contratual e *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos).

CONCLUSÃO

Observa-se que a Lei de Mediação não utilizou o termo genérico de “convenção de mediação”, mas menciona a cláusula de mediação. Como definição indicada, a diferença entre os tipos de convenção é o momento da assinatura.

O princípio da autonomia da vontade das partes é a mola propulsora da mediação, pois as partes precisam convencionar a utilização da mediação.

A cláusula de mediação tem força suficiente para obrigar a instauração da mediação e a presença das partes na primeira reunião/sessão. A permanência decorre diretamente do princípio da autonomia da vontade das partes, mas com a Lei de Mediação a cláusula de mediação ganhou força.

É importante que o contrato traga inserido em seu texto a previsão da cláusula de mediação, pois assim a instauração será obrigatória. Os Tribunais Superiores ainda não decidiram sobre a prevalência da cláusula de mediação inserida nos contratos firmados antes da publicação e vigência da Lei de Mediação, mas seguindo o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça para a arbitragem, a força da cláusula de mediação para iniciar o processo deve prevalecer.

A previsão da cláusula de mediação no texto é vital para a instauração da mediação, caso não haja, as partes terão que, futuramente, no momento em que a controvérsia se instalar, optar pela mediação.

A redação da cláusula de mediação é livre, apesar de algumas Instituições indicarem modelos, mas as partes devem se preocupar para que ela seja cheia, contendo todos os elementos necessários para a sua instauração. Caso não tenha os elementos necessários, as partes terão dificuldades para iniciar a mediação no momento da controvérsia. ❖

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação: Aportes práticos e teóricos.** São Paulo: Dash, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: A mediação comercial no contexto da arbitragem**. 1^a ed. 2^a tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

RICHE, Cristina Ayoub. **Lei de Arbitragem nº 9.307/96 – Uma solução alternativa para os conflitos de ordem jurídica**. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2001.

SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira. A aderência da cláusula de mediação nos contratos sob a ótica dos princípios contratuais – Efetividade privada *versus* judicialização. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 173-195, jul./set. 2015.

WATANABE, Kazuo. GABBAY, Daniela Monteiro. O Pacto de Mediação Empresarial. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 12, n. 46, p. 7-19, abr./jun. 2015.