Insper

LL.M. em Direito dos Contratos

ISABELA PERASSI

A Temática Contratual
e as possíveis formas de prevenir litígios
por meio de análise consultivo-preventiva

São Paulo
2021

ISABELA PERASSI

A Temática Contratual
e as possíveis formas de prevenir litígios
por meio de análise consultivo-preventiva

Artigo Científico apresentado ao Programa de LLM de Direito dos Contratos do Insper como requisito para obtenção do grau de Especialista em Direito Contratual.

Orientador: Rodrigo Fernandes Rebouças

São Paulo
2021

Perassi, Isabela.
A Temática Contratual e as possíveis formas de prevenir litígios por meio de análise consultivo-preventiva. /
Isabela Perassi. – São Paulo, 2021.
39 f.
Artigo (monografia) – Insper, 2021.
Orientador: Rodrigo F. Rebouças

1. Contratos. 2. Resolução Alternativa de Conflitos. 3. Análise Consultivo-Preventiva. 4. Acesso à justiça. 5. Justiça célere.

Resumo

Neste artigo se analisará como os métodos alternativos de resolução de conflitos podem auxiliar e garantir maior celeridade e efetivo acesso à justiça, estabelecendo resolução satisfatória aos litígios demasiadamente prolongados, e se desenvolverá a partir dos fatos históricos e materiais que motivaram o Novo Código de Processo Civil e nas mudanças trazidas pelo novo texto legal a respeito dos métodos consensuais de solução de conflitos, bem como da própria celeridade da justiça, com a avaliação das técnicas que possam auxiliar na busca da harmonia social e desafogamento do Poder Judiciário, criando estímulos para que a sociedade se identifique com formas alternativas e consensuais por se tratar de importante ferramenta de desenvolvimento da cidadania.

Palavras-chave: Contratos. Resolução Alternativa de Conflitos. Análise Consultivo-Preventiva. Acesso à justiça. Justiça célere.

Abstract

This article will analyze how the alternative methods of conflict resolution can assist and ensure the greater speed and effective access to justice, establishing a satisfactory outcome to the lengthy litigations, as well as it will develop itself based on historical facts and doctrine that motivated the New Code of Civil Procedure and on the changes brought by the new legislation about the consensual methods of dispute resolution, besides the justice's celerity itself, with an assessment of the techniques that can assist the pursuit of social harmony and relief of Judicial branch of power, stimulating the society identifies with alternative and consensual ways of dispute resolution once it's an important tool for citizenship development.

Keywords: Contracts. Alternative Resolution of Conflicts. Analysis Preventive Advisory. Access to Justice. Speedy Justice.

Sumário

1.	Introdução	p. 7
2.	Conceitos preliminares	p. 12
2.1.	Sociedade, conflitos e insatisfações	p. 12
2.2.	Jurisdição e a função estatal	p. 13
2.3.	Inafastabilidade da tutela jurisdicional e o Acesso à justiça	p. 13
3.	Direito Contratual	p. 17
3.1.	Teoria Geral dos Contratos	p. 17
3.2.	Princípios Contratuais	p. 18
3.3.	Negócio Jurídico Processual	p. 20
4.	Solução de conflitos e as alterações do CPC/15	p. 27
5.	Formas alternativas de solução dos conflitos	p. 29
5.1.	Conflitos e Modalidades de solução	p. 29
5.2.	Formas alternativas de solução de conflitos	p. 30
5.3.	ODRs - Online Dispute Resolution	p. 33
6.	Conclusão	p. 35
7.	Bibliografia	p. 37

1. – Introdução

Este trabalho tem como escopo analisar quais as possíveis ferramentas a serem utilizadas/incorporadas ao instrumento contratual como forma de evitar repetidos conflitos que permeiam as demandas judiciais ao longo dos anos.

O estudo irá se desenvolver com a análise do impacto causado pelos conflitos judiciais originários de relações contratuais e as ferramentas existentes no intuito de reduzi-los, a fim de garantir maior celeridade aos processos judiciais e à própria justiça, na linha de inovação ilustrada na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015.

Partindo dessa premissa, faz-se necessário analisar os institutos ainda de certa forma embrionários na prática contratual, como o negócio jurídico, mediação de conflitos previamente à judicialização e até mesmo as ODR (*Online Dispute Resolution*). O pretexto máximo é de que esses mecanismos ascendam a atual deficiente segurança jurídica brasileira, que coloca em xeque as oportunidades para o crescimento socioeconômico do país.

Não se pode ignorar, contudo, o extenso campo de análise e as diversas nuances envolvidas no assunto abordado nesse estudo.

Assim, para delimitar o contexto e viabiliza-lo, o objetivo primevo se estabelece em uma análise paralela entre a natureza, espécies e interesses contratuais ordinários – abrangendo aspectos sociais, econômicos, mercadológicos, e até mesmo históricos –, e quais os reflexos das previsões contratuais em um universo longevo, isto é, na relação pós-contratual.

Isso torna fundamental a adoção de um exame consultivo-preventiva da relação contratual em si, no intuito específico de escanear as ramificações possíveis e inteligíveis de determinada situação.

Em outras palavras, a relação deverá ser abordada desde o início das tratativas negociais – quando as partes ainda mantém expectativas silenciosas sobre o desenrolar daquela relação contratual/comercial –, passando pelo específico momento de execução das obrigações assumidas de parte a parte, incluindo análise de risco e meios de concretizar o negócio – e, com ainda mais relevância, invadir o cenário de conclusão do contrato com olhar atento à oportunidade de mitigar conflitos que possam resultar no término da relação ou que efetivamente a ocasionem.

A intenção é de promover um debate/estudo sobre como tornar esses conflitos *evitáveis* desde o limiar do relacionamento estabelecido entre as partes ou, ainda, criar meios de extirpa-los assim que se identifique a menor rusga aparente durante o desenrolar contratual.

Em um panorama geral, o tema objeto desse estudo tem como perspectiva *racionalizar* os conflitos ainda na fase prematura da relação contratual, a fim de antecipar situações de desordem e/ou criar meios futuros de soluciona-las como meio preventivo, alterando o possível cenário prejudicial às partes e a todo o sistema contratual e judiciário.

Pode-se dizer que o enredo está em contingenciar de forma positiva os conflitos decorrentes de relações contratuais, a fim de remediar os impasses sem que resultem automaticamente em extensas e redundantes demandas judiciais que poderiam ser resolvidas por métodos menos desgastantes, economicamente vantajosos e muito mais céleres, até mesmo impedindo que o comum e constante litígio entre os contratantes se estabeleça como freio aos interesses e investimentos dos envolvidos direta ou indiretamente no negócio.

Assim, o trabalho a ser desenvolvido está interligado ao estudo dos contratos e que irá permear toda a análise da problemática que sustenta a análise das possíveis formas de prevenir conflitos a partir de uma análise consultivo-preventiva.

Justamente por esse viés, será necessário abordar questões como teoria geral dos contratos, princípios norteadores das relações contratuais (como a boa-fé e a função social dos contratos), direito econômico e livre iniciativa, a interdisciplinaridade dos contratos, com especial atenção às técnicas de negociação, que também envolvem a mediação e estratégias de resolução de conflitos.

Em que pese seja um tema abordado durante a esquematização do Código de Processo Civil de 2015 – sem contar os diversos estudos dedicados a privilegiar a celeridade da justiça –, o constante avanço das necessidades comerciais, da curiosidade e vivacidade dos mecanismos a garantir a evolução das relações a par e passo com a tecnicidade dos diálogos e o cuidado em proteger os interesses dos contratantes, faz com que o assunto permaneça atual e digno de constante aprimoramento.

Nesse viés, há espaço para acentuar essa análise voltando-a para além dos meios de resolução de conflitos. A ideia em si é de ampliar a aplicabilidade dessas

técnicas durante a elaboração dos contratos com o olhar para o relacionamento pós-contratual.

Prosseguir com a análise do contrato como instrumento não apenas normatizador da relação contratual em si, mas de garantir sua efetividade ainda que surjam impasses e conflitos durante sua vigência, utilizando meios de apaziguar os ânimos com diretrizes que possam ser definidas pelas partes durante a contratação.

Profissionalmente, o contato diário com diversas demandas judiciais, especificamente na área de contencioso cível estratégico, trouxe à vivência situações de conflitos decorrentes de diferentes contextos na esfera empresarial, mas que continuamente esbarravam na mesma questão-problema: se é possível e como poderia ser feito um contingenciamento de eventuais conflitos resultantes de relações comerciais estabelecidas em longos contratos comerciais.

Ainda, se haveriam métodos voltados a (re)equilibrar as relações interpessoais e empresariais quando ultrapassado o período de afeição inicial – seja entre os próprios contratantes, seja em relação ao objeto contratual em si ou à expectativa da satisfação do quanto se almeja – e, consequentemente, sustentar o desenvolvimento dos interesses ali insculpidos sem inviabilizar a defesa dos anseios particulares e, obviamente, sem invadir a autonomia privada dos contratantes.

É o verdadeiro interesse em reduzir ou até mesmo mortificar os conflitos desde o início da relação prevista contratualmente, especialmente para evitar repetidas discussões judiciais e o dispêndio de numerário representativo pelos litigantes e para movimentar a máquina do Poder Judiciário, muitas vezes de forma injustificada. É criar formas de adaptar os instrumentos contratuais à nova linguagem e aos novos meios de solução de conflitos ante a judicialização e burocratização já excessivamente ultrapassadas.

Serve como exemplo a análise de contratos de representação comercial que, por sua própria natureza, tem relevante investimento financeiro e extenso prazo de vigência, e que por repetidas vezes resultaram nos mesmos conflitos vinculados ao desequilíbrio econômico-financeiro da relação até culminar na rescisão contratual com prejuízos para ambos os contratantes.

E por ser uma espécie contratual essencial ao desenvolvimento de determinadas atividades empresariais, as partes não poderiam simplesmente abrir mão desse instrumento.

Daí a necessidade de avaliar e criar mecanismos melhor adapta-los àquela realidade comercial, facultando a adoção de novos métodos para solucionar entraves já experenciados, bem como antever tantos outros sem que a única solução fosse a rescisão com perdas e danos, seja em favor de quem o fosse.

Nada mais seria do que prevenir uma situação ao torna-la "contingenciável", não no comum aspecto econômico da questão, mas com enfoque no próprio objeto contratual e nos interesses e nuances envolvidas naquele relacionamento específico, trazendo a possibilidade, inclusive, de preestabelecer medidas para o caso de uma eventual crise sanitária ou total escassez de produtos e serviços no mercado.

A atualidade do tema está diretamente relacionada às vivências comerciais de empresas brasileiras – ou que atuam no território nacional – e se deparam com extremas – e muitas vezes desnecessárias – dificuldades judiciais para a resolução de conflitos a ponto até mesmo de inviabilizar o negócio idealizado.

Sob esse aspecto, pode-se dizer que esse estudo está atrelado à intensa "burocratização" do sistema jurídico brasileiro, sem que ferramentas atuais e valiosas sejam de fato colocadas em prática e ao bom uso das empresas, dos prestadores de serviços e fornecedores de produtos.

É um tema em constante debate na medida em que os conflitos jurídicos permeiam praticamente todas as relações comerciais, sendo fácil concluir pela necessidade de estruturar medidas suficientes a sanar esses conflitos, bem como a evitar que se propaguem e definam a realidade contratual e comercial experenciada no país.

É esse o enredo que justifica um olhar dirigido especificamente à relação pós-contratual, porém, fundada em uma análise consultivo-preventiva, afim de que o contrato funcione como a importante ferramenta que é para manter a harmonia e o equilíbrio entre as partes não somente no momento da contratação, mas também durante a parceria e até mesmo garantindo hipóteses de rescisão amigável.

Daí por que amparar o estudo nas atuais formas de resolução de conflitos, instrumentalizando as teses desenvolvidas durante a elaboração do Código de Processo Civil de 2015, e fazendo uso da nova linguagem jurídica, com a adoção dos avanços tecnológicos a favor da celeridade processual e da mitigação de conflitos.

Os contratos devem servir aos contratantes, facilitando a comunicação entre eles, estreitando a relação, especialmente no momento em que o diálogo estiver

estremecido e os ânimos aguçados em busca de vantagens individuais, possibilitando que o olhar retorne ao interesse do próprio negócio.

2. – Conceitos preliminares

Antes de adentrar ao tema principal deste estudo, faz-se necessário recordar alguns *conceitos preliminares* que envolvem não só as demandas judicializadas, mas indiretamente os negócios jurídicos formalizados entre os contratantes e a avaliação das possíveis técnicas a fim de sanar potenciais conflitos até mesmo antes de que seja necessário levar a questão à análise do Poder Judiciário. É a análise da situação de forma preventiva, a fim de evitar seja necessária uma demanda judicial para a garantia do direito material.

2.1. – Sociedade, conflitos e insatisfações

Não há dúvidas de que o direito é o catalizador que visa a garantir a convivência harmoniosa entre os indivíduos, sendo que não existiria a sociedade não fossem as regras e definições impostas pelo ordenamento jurídico (*ubi societas ibi jus*). É por ai que se defende ser indispensável a existência de um Estado soberano a ditar como se organizará toda a sociedade.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

> "...na função que o direito exerce na sociedade: a *função ordenadora*, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre seus membros. Em outras palavras, a tarefa da ordem jurídica consiste exatamente em harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e equitativo, de acordo com os valores prevalentes em determinado momento e lugar – e daí dizer-se que o direito é a *ars boni et aequi*. Por isso, pelo aspecto sociológico o direito é geralmente apresentado como um dos instrumentos – sem dúvida o mais importante e eficaz entre os povos civilizados – do chamado *controle social*, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe em sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que cultiva, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são propostos". [1]

[1] DINAMARCO, Cândido Rangel, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 42.

Trata-se de relevante análise sobre o alcance do direito na sociedade, especialmente quando se analisam os conflitos e insatisfações surgidas entre os indivíduos sob aspecto de reinstaurar a harmonia social.

Nesse cenário, o direito reveste-se de seu caráter regulador para estancar a crise jurídica – já que esses conflitos acabaram representando um fator antissocial a violar a liberdade, trazendo incertezas e infelicidade –, surgindo a tutela processual como forma de resolução de conflitos.

2.2. – Jurisdição e a função estatal

É nesse momento que a atenção se volta para a chamada jurisdição, que nada mais é do que o Estado-juiz interferindo na relação social como um terceiro que visa a eliminar conflitos. Ultrapassa-se a fase de autotutela em que os próprios indivíduos chegam a um consenso, para reinar a imparcialidade.

Os juízes passam a atuar no lugar dos indivíduos, deixando-se de lado a fase da autotutela e dando espaço ao processo judicial, conceituado como o "instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução".[2]

Portanto, a jurisdição nada mais é do que a própria função estatal pacificadora, sendo certo que representa a capacidade de dirimir conflitos interindividuais, decidindo sobre as questões trazidas ao seu conhecimento e impondo seu entendimento, sua decisão. É por isso que se fala na capacidade do Estado-juiz em decidir de forma imperativa.

2.3. – Inafastabilidade da tutela jurisdicional e o Acesso à justiça

Por sua vez, o estudo da jurisdição leva à análise do direito constitucional ao acesso à justiça, deixando claro que a todos os indivíduos é possível levar seu questionamento, conflito e/ou insatisfação ao conhecimento do Estado-juiz para que

[2] DINAMARCO, Cândido Rangel, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 46.

atue imparcialmente de forma a fazer justiça para ambos os participantes daquele conflito/processo.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: "o direito à tutela jurisdicional deve ser analisado no mínimo sob *três perspectivas*: *(i)* do *acesso à justiça*; *(ii)* da *adequação* da tutela; e *(iii)* da *efetividade* da tutela".[3] Isso quer dizer que o acesso à justiça deve permitis a ampliação da prestação jurisdicional, incluindo tutela de direitos individuais, coletivos e o controle de atos administrativos.

Vale o importante esclarecimento introdutório ao tema:

> "Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o *acesso à justiça*, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira, em *acesso à ordem jurídica justa* (Kazuo Watanabe). Visto dessa maneira, o acesso à justiça não se identifica com a mera *admissão ao processo* ou possibilidade de ingresso em juízo. Em casos concretos esse acesso só se configura quando a atividade jurisdicional chega ao ponto de oferecer efetiva tutela jurisdicional àquele que tiver razão, mediante o julgamento do *meritum causae* no processo de conhecimento ou a efetiva satisfação do credor, na execução forçada. Para tanto é indispensável que o juiz saiba desvencilhar-se de certos óbices ilegítimos impeditivos da oferta de tais tutelas, como a exacerbação das exigências formais do processo ou de exigências exageradas no tocante aos pressupostos processuais ou às condições da ação. Fiel a esse desiderato a moderna processualística brasileira e o próprio direito positivo vêm dando realce à *primazia do julgamento de mérito*, para que tal julgamento seja negado somente quando sua prolação seja capaz de causar prejuízo a alguma das partes ou, em casos extremos, à própria ordem processual do país".[4]

Ainda, Fredie Didier ensina que:

> "Quando a Constituição fala de exclusão de lesão ou ameaça de lesão do Poder Judiciário quer referir-se, na verdade, à impossibilidade de exclusão de *alegação* de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado; ele existe independentemente da circunstância de ter o autor razão naquilo que pleiteia; é o direito abstrato".[5]

Por sua vez, Daniel Amorim Assumpção Neves defende que o princípio da inafastabilidade estaria insculpido em quatro ideias fundamentais:

---

[3] MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel, SARLET, Ingo Wolfgang**.** Curso de Direito Constitucional, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 628.

[4] DINAMARCO, Cândido Rangel, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 57.

[5] DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, Volume 1. 12ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 2015.

"Em primeiro lugar, deve-se ampliar o máximo possível o acesso ao processo, permitindo-se que eventuais obstáculos sejam mínimos, senão inexistentes. Esse amplo acesso cresce em importância quando referente ao aspecto econômico da demanda e aos direitos transindividuais.
(...)
Uma vez ampliado o acesso, deve-se observar o respeito ao devido processo legal, em especial a efetivação do contraditório real e do princípio da cooperação. Significa dizer que as partes devem desempenhar um papel fundamental durante o processo, com ampla participação e efetiva influência no convencimento do juiz. De nada adiantará a ampliação do acesso se tal participação não for incentivada e respeitada no caso concreto. Essa ampla participação pode ser obtida por intermédio de um contraditório participativo, mediante o qual o juiz mantenha um diálogo permanente e intenso com as partes, bem como por meio do contraditório efetivo, sendo as participações das partes aptas a influenciar a formação do convencimento do juiz.
(...)
Amplia-se o acesso, permite-se a ampla participação, mas profere-se uma decisão injusta. É fácil perceber que nesse caso tanto o acesso como a ampla participação não levaram as partes a lugar algum. Em razão disso, a terceira "viga mestra" é a decisão com justiça, ainda que o conceito de justiça seja indeterminado, suscetível de certa dose de subjetivismo. O que se pode afirmar, com segurança, é que a missão de decidir com justiça não significa a permissão de julgamento por equidade, espécie de julgamento reservado às situações excepcionais, expressamente previstas em lei (art. 140, parágrafo único, do Novo CPC). Trata-se de preferir a interpretação mais justa diante de várias possíveis, ou, ainda, de aplicar a lei sempre se levando em consideração os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.
Por fim, de nada adiantará ampliar o acesso, permitir a ampla participação e proferir decisão com justiça, se tal decisão se mostrar, no caso concreto, ineficaz. O famoso "ganhou, mas não levou" é inadmissível dentro do ideal de acesso à ordem jurídica justa. A eficácia da decisão, portanto, é essencial para se concretizar a promessa constitucional de inafastabilidade da jurisdição. A questão da eficácia pode ser enfrentada por três diferentes perspectivas.
Na primeira, a necessidade de tutela de urgência ampla, de forma a afastar concretamente o perigo da ineficácia representado pelo tempo necessário à concessão da tutela definitiva. Nesse tocante, o direito brasileiro encontra-se excepcionalmente servido, contando com a tutela cautelar, garantidora, e a tutela antecipada, satisfativa, ambas amplas e genéricas, cabíveis em qualquer hipótese e a qualquer momento desde que preenchidos os requisitos legais para sua concessão.
Em segundo lugar, a necessidade de aumentar os poderes do juiz na efetivação de suas decisões, o que se pode fazer – como o direito brasileiro vem fazendo – por dois caminhos distintos: a) disponibilizar ao juiz mecanismos de execução indireta, por meio dos quais poderá convencer o devedor de que o melhor a fazer é cumprir a obrigação. A execução indireta pode ocorrer de duas formas: ameaça de piora na situação atual (astreintes, prisão civil) ou oferecimento de melhora na situação atual (arts. 827, §1º, e 702, §8º, ambos do Novo CPC); b) aumentar as sanções processuais a serem aplicadas pelo juiz na hipótese de não cumprimento ou criação de obstáculos à efetivação da decisão judicial, com especial ênfase ao ato atentatório à dignidade da justiça (*contempt of court*), previsto no art. 77, §2º, do Novo CPC.
Em terceiro lugar, cumprir a promessa constitucional prevista no art. 5º LXXVIII, e no art. 4º do Novo CPC, que garante às partes uma razoável duração do processo por meio da adoção de técnicas procedimentais que permitam uma maior celeridade, naturalmente sem afastar as garantias constitucionais do processo. O raciocínio é bastante simples: quanto mais demore uma demanda judicial, menores são as chances de o resultado final

> ser eficaz, devendo-se atentar para essa realidade no momento da estruturação procedimental e da fixação das regras para a condução do processo".[6]

Esse é o escopo do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, inc. XXXV e CPC, art. 3º), que visa a impedir a exclusão da apreciação jurisdicional de ameaça ou lesão a direito.

A intenção é de justamente contribuir para o maior alcance do acesso à justiça, possibilitando que os indivíduos com pretensões relacionadas a determinado bem jurídico possam ingressar em juízo e ter sua questão/conflito apreciados e atendidos de forma mais célere, efetiva e adequada.

A atualização do Código de Processo Civil teve como função primordial garantir o acesso à justiça e a consequente solução de conflitos de forma consensual, ainda que no decorrer de um processo judicial.

Verifica-se, portanto, que todo o racional por trás da elaboração do Novo Código de Processo Civil representa verdadeira ênfase na redução dos obstáculos ao acesso à justiça (tanto em relação aos prazos, como de ordem econômica e social), trazendo ferramentas a simplificar os procedimentos e emergir a atuação das partes em cooperação, o que fatalmente envolve os métodos alternativos de solução de conflitos.

---

[6] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo. 1ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 3-6.

3. – Direito Contratual

3.1. – Teoria Geral dos Contratos

Na análise das formas alternativas de solução de conflitos – incluindo uma percepção consultivo-preventiva – faz-se necessário voltar a atenção aos contratos, justamente por serem fonte de delimitação das obrigações e deveres entre as partes, exprimindo a intenção que as motivou a celebrar determinado negócio.

Isto porque, o contrato também pode servir como importante ferramenta de solução de conflitos, podendo as partes desde o início do relacionamento, quando ainda estão envolvidas em fase pacífica e de convergência de interesses, prever também as medidas que poderão ser colocadas em prática quando surgirem rusgas e desentendimentos.

Para tanto, torna-se prudente o estudo da teoria geral dos contratos para ampla compreensão de seu alcance, determinismo e influência nas relações entre particulares e também com o Estado.

O contrato nada mais é do que a livre manifestação de vontade entre as partes contratantes, baseado no princípio da liberdade e da autonomia da vontade, que devem ser interpretados de acordo com o ordenamento jurídico.

Sobre o tema, Gustavo Tepedino ensina que:

> "Nessa mesma linha, costuma-se transpor para a interpretação contratual os tradicionais elementos da interpretação da lei: o elemento literal quanto ao significado das palavras utilizadas no instrumento; o elemento lógico para buscar coerência em cada cláusula; o elemento histórico baseando-se nas tratativas que antecederam a celebração do negócio; o elemento teleológico para considerar o fim almejado pelas partes; e o elemento sistemático para interpretar cada cláusula em sintonia com as demais e com outros contratos que tenham sido celebrados de forma coligada. Entretanto, deve-se ter em mente que tais elementos não são fases distintas, mas critérios e aspectos do processo contínuo e unitário de interpretação. Do mesmo modo que interpretação e integração se inserem em um mesmo movimento por parte do intérprete, interpretação e qualificação configuram igualmente aspectos do mesmo processo cognitivo. Sob essa perspectiva a integração não se dirige a adivinhar o que as partes desejariam ter disciplinado quanto àquela hipótese lacunosa, mas sim a determinar os efeitos que se atribuem ao contrato como fato, isto é, o impacto da relação jurídica que se constrói, sob a perspectiva funcional, como disciplina, regulamento de interesses.
>
> O processo de interpretação/qualificação dos contratos, portanto, não pode ser visto de modo linear, sequenciado em etapas preclusivas, uma vez que tais etapas – *rectius*, aspectos – imiscuem-se uns nos outros. Em oposição à visão clássica do trajeto único, subsuntivo, do fato à norma, a atitude do

> intérprete constrói-se em um constante ir e vir entre a reconstrução da realidade e seu diálogo com os enunciados normativos".[7]

A relevância da teoria geral dos contratos, portanto, está na própria essência do contrato e em sua definição como meio de expressar a vontade das partes que tem interesse em se coligarem a um objetivo em comum, que nada mais é do que a efetivação do negócio entabulado, seguindo as diretrizes anteriormente previstas naquele instrumento.

3.2. – Princípios Contratuais

Os princípios norteadores dos contratos são fundamentais para sua existência, validade e eficácia, na medida em que orientar como as partes devem se portar ao estabelecer as regras que serão assumidas de lado a lado. Sem contar que conjuntamente à observância dos princípios contratuais, para que os contratos sejam válidos, é necessário que tenham sido firmados por agente capaz e se refira a um objeto lícito, possível, determinado ou determinável.

Quanto aos princípios propriamente ditos, temos de início a já mencionada autonomia da vontade privada, que nada mais é do que o desejo, a manifestação de vontade dos contratantes convergente a um determinado fim.

Este princípio se traduz na liberdade de contratar propriamente dita – lembra-se, desde que observadas as características referentes aos contratantes e ao objeto do contrato – e, ainda, na possibilidade de autodeterminar-se e determinar a contraparte, ou seja, a liberdade de definir com quem irá contratar (com exceção às relações de consumo em que o fornecedor não poderá se negar a vender um produto ao consumidor e também nos casos de prestação de serviço público). Há também a valiosa liberdade de escolher o objeto do contrato, desde que seja lícito.

Outro importante princípio é o da força obrigatória dos contratos (mais conhecido por *pacta sun servanda*), que visa a garantir o efetivo cumprimento daquele contrato a partir do compromisso firmado entre as partes, ainda que não seja um princípio absoluto, podendo ser relativizado com base na lei ou até mesmo por outro princípio. A partir da autonomia das partes, o contrato faz lei entre elas e deve ser

[7] TEPEDINO, Gustavo, KONDER, Carlos Nelson, BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos do Direito Civil – vol. 3 – Contratos, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 53.

respeitado, não podendo a parte se desobrigar daquilo com o que se comprometeu de forma injustificada.

Aqui vale a ressalva a respeito da responsabilidade civil advinda das relações contratuais, uma vez que decorrente de um prejuízo causado em que surge o dever de reparação, definindo-se como "a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último. Constitui-se o vínculo obrigacional em decorrência de ato do devedor ou de fato jurídico que o envolva".[8]

Segundo Maria Helena Diniz, a responsabilidade contratual:

> "Resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação". A Responsabilidade Civil Contratual decorre do descumprimento de uma obrigação contratual, outrora pactuada entre as partes, e descumprida posteriormente".[9]

Ainda nesse aspecto obrigacional, tem-se o princípio da relatividade subjetiva dos efeitos do contrato, sob o qual se infere que, via de regra, os contratos geram efeitos somente às partes contratantes. Igualmente, não se trata de um princípio absoluto, pois o Código Civil traz a hipótese de intervenção de terceiros no contrato (p.ex.: contrato com pessoa a declarar).

Há, também, os chamados princípios sociais, que englobam a função social do contrato, o equilíbrio contratual e a boa-fé objetiva.

A função social dos contratos nada mais é do que a garantia de que os contratos, como instrumento regulador de atividades a fomentar e dar segurança as relações interpessoais e com o poder público, devem estar de acordo com valores de eticidade, moralidade e sociabilidade.

Por mais difícil que seja trazer uma definição específica ao tema, basta compreender que com ele se pretende proteger a sociedade ao estabelecer o limite dessa garantia á liberdade de contratar.

O equilíbrio contratual, por sua vez, visa a proteger o próprio contratante, evitando, assim, que existam contratos excessivamente onerosos a uma das partes sem a necessária contraprestação pela contraparte. Ou seja, não são aceitos

---

[8] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 2. – São Paulo: Saraiva, 2004
[9] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008

contratos manifestamente desproporcionais, a fim de evitar que uma das partes seja prejudicada.

Por fim – e arrisca-se dizer, o princípio mais importante – tem-se a boa-fé objetiva a nortear todos os instrumentos contratuais com a finalidade específica de que a conduta dos contratantes esteja amparada nos preceitos e exigências constantes em nosso ordenamento jurídico.

Este princípio pode ser apontado nos artigos 113 (regra de interpretação dos contratos), 187 (regra de abuso dos contratos) e 422 (regra de aplicação dos contratos) do Código Civil, tamanha sua relevância à esfera contratual.

Pode-se dizer, ainda, que há certa semelhança do princípio da boa-fé objetiva com o princípio da função social do contrato, já que ambos visam a garantir o exercício do direito de acordo com os ditames da sociedade, ou seja, nos termos do ordenamento jurídico em vigor.

3.3. – Negócio Jurídico Processual

Amparando-se na nossa sistemática trazida pelo Novo Código de Processo Civil e a ideia basilar de que seja instituído um procedimento mais célere e facilitador às partes, surge o negócio jurídico processual, ainda pouco utilizado.

Esse instituto visa a garantir às partes a possibilidade de ditar as regras de como deverá se desenvolver o processo eventualmente instaurado entre elas. As partes determinam a forma, prazo, estrutura daquele procedimento a fim de que seja idealizado na medida de suas necessidades, diminuindo o confronto que poderá no futuro existir entre elas.

Esse mecanismo serve exatamente como uma medida consultivo-preventiva, na medida em que as partes definem como deverá se reger o processo judicial ainda enquanto estão estipulam a relação comercial entre elas. Ou seja, no momento em que as partes ainda estão em fase apaziguada é que criam e dão as nuances de como se dará seu relacionamento em eventual fase de conflito.

É nesse contexto que é dado às partes definir como se dividirá entre elas o ônus probatório, os poderes, faculdades e deveres processuais enquanto forem parte no processo e, assim, diversificar as regras que já estão no ordenamento jurídico na

tentativa de que as adaptando às características específicas daquele negócio, eventual litígio surgido entre elas seja resolvido com maior celeridade e facilidade.

Segundo Demétrio Beck da Silva Giannakos:

> "O princípio da duração razoável do processo possui duas funções: a primeira, de que respeita o tempo do processo desde o seu início até o trânsito em julgado judicial ou administrativo, e, de outro, possui relação com os meios alternativos de solução de conflitos, de sorte a aliviar a carga de trabalho da justiça ordinária, o que, sem dúvida, viria a contribuir para a abreviação da duração média do processo.
>
> É nesta segunda função descrita acima que os negócios jurídicos processuais se encaixam. Ou seja, são apenas mais uma forma de aliviar a carga de trabalho, deixando o processo mais eficiente e célere.
>
> Não existe uma fórmula capaz de solucionar a morosidade e ineficiência do nosso processo. Todavia, todos os meios capazes de auxiliar sempre serão de suma importância para os aplicadores do direito.
>
> O princípio da eficiência pode ser compreendido, então, como a exigência de que o processo produza o máximo de resultado com o mínimo de esforço. Deve-se entender por eficiência a razão entre o resultado do processo e os meios empregados para a sua obtenção. Quanto menos onerosos (em tempo e energia) os meios empregados para a produção do resultado, mais eficiente será o processo.
>
> Portanto, o estudo dos negócios jurídicos processuais se faz fundamental para auxiliar as partes e até mesmo o juiz na solução do processo em tempo mais hábil e de forma mais célere e eficiente".[10]

No mesmo sentido, tem-se o entendimento de Silas Silva Santos sobre o tema:

> "Muito embora o Código de Processo Civil de 1973 já trouxesse diversas previsões esparsas trazendo exemplos de negócios processuais típicos (adiamento de audiência, suspensão do processo ou a distribuição do ônus da prova, por exemplo), o novo código inovou ao inserir no artigo 190 cláusula geral, da qual resulta, como consequência, a regra da atipicidade da negociação processual, os quais independem de forma específica.
>
> O negócio jurídico processual é '[…] o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações processuais ou alterar o procedimento'. Pode ser típico, quando descrito em lei, ou atípico, celebrado com fundamento no artigo 190 do atual Código de Processo Civil. São exemplos de negócios processuais atípicos, acordos para redução de prazos e acordo para renúncia a direito recursal.
>
> Nada impede que o negócio jurídico processual seja celebrado em fase pré-processual, objetivando regrar comportamento processual das partes no futuro.

---

[10] GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. Negócios Jurídicos Processuais e análise econômica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 101-102.

Os negócios jurídicos processuais podem ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais, dependendo da existência da manifestação de vontade de uma parte, de duas ou das partes e do magistrado. Podem, ainda, ser expresso ou tácitos, conforme o comportamento das partes for comissivo ou omissivo e ser celebrados em qualquer fase do processo ou até mesmo em momento anterior a ele, desde que alusivo a futuro e eventual processo.

Aplicam-se aos negócios jurídicos processuais também às disposições do Código Civil que disciplinam os negócios jurídicos, especialmente no tocante aos elementos de sua formação (objeto lícito, partes capazes e formas não vedadas em lei), interpretação (arts. 113, 114, 423 entre outros do Código Civil) e desfazimento. Como consequência, o negócio jurídico processual é, em princípio, irrevogável.

A capacidade mencionada no artigo 190 para sua celebração é, conforme entendimento majoritário da doutrina, a processual, de forma que a parte que for processualmente incapaz deverá estar representada no ato para poder celebrar negócios processuais.

Com relação ao objeto, o negócio jurídico processual pode versar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes, ou, ainda, sobre procedimentos, desde que passíveis de autocomposição, antes ou durante o processo. O seu objeto não versa, portanto, sobre direito material, de modo que ainda que este seja indisponível não haverá óbice à sua celebração, desde que o poder, faculdade, ônus ou deveres processuais negociados sejam passíveis de autocomposição.

É consequência do disposto no artigo 200 do Código de Processo Civil que as declarações bilaterais de vontade têm efeito imediato, exceto nas hipóteses em que a lei determine a homologação judicial. Desse modo, por consequência, os magistrados estarão, em princípio, sujeitos aos termos do negócio. Isso não significa que o magistrado não pode opor-se aos termos do negócio jurídico processual celebrado, devendo, em princípio, aferir a validade de seus termos.

O artigo 190, parágrafo único, do Código de Processo Civil afirma que o magistrado deve de ofício ou a requerimento da parte efetuar controle de validade das cláusulas do negócio jurídico processual, recusando-lhe aplicação nos casos de nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou quando uma das partes se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade. Assim, por exemplo, o acordo não pode versar sobre questões de reserva legal ou quando for expressamente disciplinado em lei, a qual não autoriza autocomposição. Dentro desse contexto, há quem defenda a impossibilidade de as partes desconsiderarem, em seu negócio jurídico processual, os efeitos da coisa julgada material. A questão, todavia, demanda maior reflexão e maturação da doutrina e da jurisprudência, especialmente diante de sentenças declaratórias de direitos disponíveis, sem repercussão perante terceiros e que possam ser alvo de renúncia pela parte interessada.

É necessário frisar, ainda, que o negócio jurídico processual somente poderá versar sobre aquilo que as partes possam dispor. Defende parte da doutrina que: '(…) não podem as partes, em seu negócio processual, criar deveres para o órgão jurisdicional, nem eliminar deveres que a jurisdição estatal tem, na administração da justiça'.

> A vulnerabilidade deve ser sempre avaliada diante de situações concretas, considerando as características das partes e do objeto do negócio".[11]

O negócio jurídico processual introduzido pelo Novo Código de Processo Civil institui a cooperação entre as partes do processo, facultando a elas predeterminar quais os atos serão praticados e quais serão dispensados, inclusive abrindo espaço para negociações ao longo do processo que sirvam à aproxima-las ao máximo da resolução final daquele conflito.

É verdadeira prática da autonomia da vontade das partes que, de comum acordo, dispõem sobre aquilo que lhes é interessante e indispensável durante o vínculo estabelecido entre elas, seja durante a execução do negócio entabulado, seja em momento posterior, quando surgir alguma rusga ou dificuldade no seu perfeito entendimento.

Contudo, há que se atentar ao que determina o artigo 190, *caput*, do Código de Processo Civil ao prever que o negócio jurídico processual somente será possível nos casos em que se admita a autocomposição, seja estabelecido entre agentes capazes e se dirija a convencionar sobre questões que atinjam apenas as partes.

Como exemplo, tem-se a celebração de negócio jurídico processual com a finalidade de declarar a impenhorabilidade de determinado bem, a limitação de recursos a serem interpostos durante o processo, a redefinição de prazos (podendo amplia-los ou reduzi-los), a dispensa de assistente técnico, a redistribuição do ônus probatório, dentre tantos outros que possam servir a uma prestação jurisdicional mais satisfatória aos envolvidos, ou seja, que estejam melhor adequadas às suas necessidades.

A partir do momento em que as partes definem quais as regras irão dirigir aquele processo, o negócio jurídico processual passa a ter efeitos imediatos, isto é, independentemente de homologação judicial, ficando a cargo do magistrado apenas e tão somente o controle da validade e analisar eventuais abusos em suas diretrizes, especialmente quando se identificar casos de contratos de adesão ou de vulnerabilidade de uma das partes.

Às partes também é vedado dispor no negócio jurídico processual sobre os deveres e faculdades do magistrado, conforme foi definido pelo Col. Superior Tribunal

---

[11] SANTOS, Silas Silva. Comentários ao Código de Processo Civil - Ed. 2020, Editora Revista dos Tribunais, p. 140.

de Justiça no julgamento do recurso especial n. 1.810.444-SP, ao consignar que os poderes do juiz são inerentes ao exercício da jurisdição e ao devido processo legal e, por assim ser, não podem fazer parte dos ajustes estabelecidos entre as partes.

Este recente julgado ainda foi valioso quanto à análise da autonomia da vontade e do contraditório ao discorrer sobre impossibilidade do negócio jurídico tratar sobre norma de ordem pública. Veja-se a ementa e relevantes trechos que auxiliam na compreensão das questões tratadas neste artigo:

> "RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. LIBERDADE NEGOCIAL CONDICIONADA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. CPC/2015. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. FLEXIBILIZAÇÃO DO RITO PROCEDIMENTAL. REQUISITOS E LIMITES. IMPOSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO SOBRE AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELO JUIZ.
>
> 1. A liberdade negocial deriva do princípio constitucional da liberdade individual e da livre iniciativa, fundamento da República, e, como toda garantia constitucional, estará sempre condicionada ao respeito à dignidade humana e sujeita às limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito, estruturado para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e a Justiça.
> 2. O CPC/2015 formalizou a adoção da teoria dos negócios jurídicos processuais, conferindo flexibilização procedimental ao processo, com vistas à promoção efetiva do direito material discutido. Apesar de essencialmente constituído pelo autorregramento das vontades particulares, o negócio jurídico processual atua no exercício do múnus público da jurisdição.
>
> 3. São requisitos do negócio jurídico processual: a) versar a causa sobre direitos que admitam autocomposição; b) serem partes plenamente capazes; c) limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes; d) tratar de situação jurídica individualizada e concreta.
>
> 4. O negócio jurídico processual não se sujeita a um juízo de conveniência pelo juiz, que fará apenas a verificação de sua legalidade, pronunciando-se nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou ainda quando alguma parte se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade.
>
> 5. A modificação do procedimento convencionada entre as partes por meio do negócio jurídico sujeita-se a limites, dentre os quais ressai o requisito negativo de não dispor sobre a situação jurídica do magistrado. As funções desempenhadas pelo juiz no processo são inerentes ao exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal, sendo vedado às partes sobre elas dispor.
>
> 6. Recurso especial não provido. (...)
>
> Com efeito, a liberdade negocial floresce do princípio constitucional da liberdade individual e na livre iniciativa, fundamento da República, e, como toda garantia constitucional, estará sempre condicionada ao respeito à dignidade humana e sujeita às limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito, estruturado para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e a justiça (CF/1988, Preâmbulo).

> Outrossim, as concepções modernas proclamam que a autonomia da vontade, que titularizava a qualidade de essência do negócio, cedeu espaço à autonomia privada, cuja associação a princípios - tais como a boa-fé e a solidariedade social - é impositiva (...).
>
> É certo que não é de hoje a existência de hipóteses isoladas e tipificadas de negócios jurídicos processuais. Todavia, ganha destaque a sistematicidade com que o novo Código de Processo Civil articulou uma cláusula geral de negociação, consagrando a atipicidade como meio apto à adequação das demandas às especificidades da causa e segundo a conveniência dos litigantes, sempre, é claro, moldada pelos limites impostos pelo ordenamento jurídico. (...)
>
> Tendo como norte a teleologia acima descrita, a cláusula geral do negócio jurídico processual fez-se instrumento de contraposição ao modelo procedimental rígido previsto em lei, facultando a flexibilização do sistema, tendo em vista distinguir-se pela presença do autorregramento da vontade no suporte fático da norma que sobre ela incidir, intencionando gerar efeitos em processo presente ou futuro.
>
> Daí a relevância da temática: potencialidade de proporcionar efetividade à tutela jurisdicional pela a flexibilização do procedimento estaticamente previsto em lei, permitindo certa conformação das peculiaridades do direito material posto em litígio. (...)
>
> Nessa linha de intelecção, no que respeita ao caso concreto, é possível afirmar que, todas as vezes que a supressão do contraditório conduzir à desigualdade de armas no processo, o negócio processual, ou a cláusula que previr tal situação, deverá ser considerado inválido. Noutro ponto, vislumbrando o juiz, na análise do instrumento, que a transação acerca do contraditório não torna uma das partes vulnerável, dada as peculiaridades do caso, é possível reconhecer-lhe validade".[12]

É evidente que a extensão das previsões do negócio jurídico processual encontra barreira nos direitos constitucionalmente previstos, não podendo as partes invadir e/ou limitar o contraditório, igualdade entre as partes e acesso à justiça, dentro outros, assim como os deveres e poderes do Estado-juiz.

Sobre o tema, veja importante ensinamento de Daniel Mitidiero:

> "É claro que não é possível às partes, no entanto, acordar a respeito do exercício dos poderes do juiz – seria claramente afrontoso à cláusula que prevê o direito ao processo justo, devidamente conduzido pelo juiz, emprestar validade a acordos sobre o exercício de poderes ligados ao exercício da própria soberania estatal no processo".[13]

---

[12] STJ, 4ª Turma, REsp nº 1810444 / SP, rel. Min, Luis Felipe Salomão, j. 23.2.21, v.u.

[13] MITIDIERO, Daniel, MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Novo curso de processo civil tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. II. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016, p. 117.

Disso resta claro que o negócio jurídico processual surge como importante ferramenta a combater a morosidade da justiça brasileira, tão rica em recursos e na possibilidade de manifestações protelatórias que muitas vezes implicam na prestação jurisdicional quando não há mais sequer interesse daquele que ajuizou a demanda.

4. – Solução de conflitos e as alterações do CPC/15

Não há dúvidas de que o sistema judiciário brasileiro encontra severas dificuldade no desempenho de seu papel fundamental de entregar uma resolução satisfatória em tempo razoável aos envolvidos.

Esse foi um dos temas mais debatidos durante a elaboração do Novo Código de Processo Civil, trazendo importantes soluções ao tema como é o caso dos métodos alternativos de solução de conflito e o negócio jurídico processual visto anteriormente,

Ada Pelegrini Grinover nos ensina que:

> "O novo código investe muito nos métodos consensuais de conflitos (conciliação e mediação), que utilizam um terceiro facilitador para que as próprias partes cheguem à solução do conflito e à pacificação mais completa. Basta verificar que os coloca num amplo quadro de política judiciária, logo nos parágrafos do art. 3º, quando estabelece como dever do Estado promover, desde que possível, a solução consensual dos conflitos, a ser incentivada por todas as instituições ligadas à justiça, antes ou durante o processo. (...)
>
> Também é importante o *fundamento político* da justiça participativa, pois não só mediadores e conciliadores, como as próprias partes, *participam* da solução do conflito, o que é característico da democracia participativa, com seus vários momentos em que a sociedade é chamada a atuar".[14]

Vale também destacar o art. 334, do Código de Processo Civil que dispõe sobre a autocomposição: "Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência".

Trata-se de importante acréscimo, possibilitando que as partes estreitem o laços logo no início do processo, quando possivelmente ainda exista o interesse em dar continuidade àquele relacionamento, facultando a conciliação – ainda que ela possa ser realizada ao longo de toda a demanda e sem que seja excluído o direito de defesa (CPC, art. 335).

Ainda com a pretensão de incutir na sociedade a cultura de pacificação e de resolução alternativa de conflitos, o Novo Código de Processo Civil trouxe em seu artigo 165 a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos,

[14] GRINOVER, Ada Pelegrini. O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 2.

prevendo a realização de sessões e audiência de conciliação e mediação, bem como o desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

É sob tal aspecto que se conclui ter o diploma legal o cuidado de aproximar o magistrado e as partes por meio da mencionada cooperação processual, construindo um diálogo entre eles com o papel de impor obrigações e deveres que possam auxiliar na resolução final efetiva e célere daquela questão trazida a juízo.

Analisando essa questão sob a ótica do princípio da boa-fé objetiva que deve nortear esse diálogo, Daniel Amorim Assumpção Neves esclarece que:

> "A doutrina nacional que já enfrentou o tema divisa fundamentalmente três vertentes desse princípio da cooperação, entendidas como verdadeiros deveres do juiz na condução do processo: (i) dever de esclarecimento, consubstanciado na atividade do juiz de requerer às partes esclarecimentos sobre suas alegações e pedidos, o que naturalmente evita a decretação de nulidades e a equivocada interpretação do juiz a respeito de uma conduta assumida pela parte; (ii) dever de consultar, exigindo que o juiz sempre consulte as partes antes de proferir decisão, em tema já tratado quanto ao conhecimento de matérias e questões de ofício; (iii) dever de prevenir, apontando às partes eventuais deficiências e permitindo suas devidas correções, evitando-se assim a declaração de nulidade, dando-se ênfase ao processo como genuíno mecanismo técnico de proteção do direito material".[15]

É assim, pois, que os doze primeiros artigos do Novo Código de Processo Civil trazem as Normas Fundamentais do Processo Civil que tratam de direitos sociais que incentivam as formas de resolução de conflitos alternativas: conciliação, mediação e arbitragem.

Houve uma verdadeira reestruturação de todo o processo contencioso, com o aumento na quantidade das conciliações, sendo a principal mudança trazida pelo novo códex justamente instigar a sociedade a autocomposição no intuito claro de desafogar o Poder Judiciário.

---

[15] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo. 1ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 15.

5. – Formas alternativas de solução dos conflitos

5.1. – Conflitos e Modalidades de solução

A atuação do Estado-juiz na relação entre os particulares nada mais serve que não para trazer uma solução viável ao conflito instaurado entre eles, dizem a quem recai o direito e a quem recai a obrigação, ainda que parcialmente a ambos os combatentes (sucumbência recíproca).

Nessa esfera é que, considerando a impossibilidade de o Estado-juiz resolver todas as controvérsias surgidas, atuando com celeridade, eficácia e dinamismo, faz-se necessária a adoção de outras modalidades de solução de conflitos.

É esse o entendimento esposado por Cândido Rangel Dinamarco:

> "Não basta alargar o âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo, sendo também indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo. Um eficiente trabalho de aprimoramento deve pautar-se pelo trinômio (qualidade dos serviços jurisdicionais, à tempestividade da tutela ministrada mediante o processo e à sua efetividade), não bastando que o processo produza decisões intrinsecamente justas e bem postas, mas tardias ou não traduzidas em resultados práticos desejáveis; nem sendo desejável uma tutela jurisdicional efetiva e rápida, quando injusta".[16]

A verdade é que analisar os conflitos sem a exigência de que estejam sempre amparados em um processo judicial moroso, facilita a interação social e a realização dos negócios comerciais tão valiosos ao desenvolvimento de toda a sociedade. Sem contar nos custos excessivos que um processo judicial demandas às partes.

Esse olhar voltado a uma solução mais pacífica e célere dos conflitos – que são inerentes à vida em sociedade – faculta às partes antever quais desencontros podem surgir do instrumento que visam a entabular.

Isto é, sabendo das dificuldades atualmente encontradas por aqueles que se socorrem do Estado-juiz, as partes podem observar – ainda que não de forma integral – quais situações futuras podem gerar discussões e conflitos e, assim, antever métodos de retornarem ao consenso sem que aquele negócio se perca e dê espaço a embates infindáveis.

---

[16] DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

É a ideia de que as partes aproveitem do momento inicial do contrato que está sendo firmado, ou seja, quando ainda estão na posição de igualdade de interesses, para que prevejam qual a melhor saída para eventual momento em que entrem em desalinho e seja necessário solucionar a questão por meio da interferência de um terceiro.

Daí por que o negócio jurídico processual se torna tão latente nas relações comerciais, trazendo como faculdade às partes estabelecer a mediação, conciliação ou até mesmo a arbitragem como formas alternativas de solucionar os impassem advindos daquele relacionamento específico.

5.2. – Formas alternativas de solução de conflitos

Como se pôde notar, o Novo Código de Processo Civil consagrou de forma pungente princípios e valores trazidos pela Constituição Federal com o exclusivo pretexto de garantir um processo judicial mais célere e efetivo, com olhar especial à proteção do acesso à justiça e favorecendo a adoção da autocomposição antes e durante o processo.

Novamente nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves, tem-se o esclarecimento de que:

> "Após alguma vacilação na doutrina e jurisprudência venceu a tese mais correta de que a arbitragem não afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da CF. O Supremo Tribunal Federal corretamente entendeu que a escolha entre arbitragem e a jurisdição é absolutamente constitucional, afirmando que a aplicação da garantia constitucional da inafastabilidade é naturalmente condicionada à vontade das partes. Se o próprio direito de ação é disponível, dependendo da vontade do interessado para se concretizar por meio da propositura da demanda judicial, também o será o exercício da jurisdição na solução do conflito de interesse.
>
> Nesse sentido, é elogiável o art. 3º, §1º, do Novo CPC, ao prever que não se excluirá da apreciação jurisdicional a ameaça ou lesão a direito, salvo os conflitos de interesses voluntariamente submetidos à solução arbitral. Ainda que seja apenas a consagração de uma realidade atualmente incontestável, é interessante o dispositivo explicitar tal realidade.
>
> O já mencionado art. 3º, §1º, do Novo CPC parece ter consagrado o entendimento de que a arbitragem não é jurisdição, porque, ao prever a inafastabilidade da jurisdição, salvo arbitragem, fica claro que essa forma de solução de conflitos não é jurisdicional. E no mesmo sentido vai o art. 42 do Novo CPC ao prever que as causas cíveis serão processadas e decididas

> pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei".[17]

Como meios alternativos de resolução de conflitos temos a *mediação*, *conciliação* e *arbitragem* a salvaguardar os indivíduos e, igualmente, desafogar o Poder Judiciário, sendo importante ressaltar que a impossibilidade de se chegar a um cenário de resolução por esses meios não impede a possibilidade de levar a questão ao judiciário.

Em outras palavras, apesar desses veículos de composição amigável se exibirem como facilitadores e garantidores de uma solução com maior agilidade, harmonizando, assim, o interesse público e os anseios sociais com o tempo de duração do processo, não excluem a judicialização da questão, se prestando ao menos à sua inibição.

Portanto, são métodos de evitar que a controvérsias sejam necessariamente solucionadas por meio da jurisdição (ou somente por ela).

O primeiro deles é a mediação, tratada no art. 165, parágrafo 3º como os casos em que o um mediador atuará "nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes", podendo auxiliar os "interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos".

Já no parágrafo único do artigo 1º, da Lei n. 13.140/2015[18], a mediação é definida como "a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia".

Trata-se de método de composição alternativo em que um terceiro imparcial age apenas como facilitador do diálogo entre os conflitantes, desempenhando técnicas que os levem a estreitar o diálogo até que seja possível um acordo satisfatório para ambas as partes envolvidas ao identificar seus reais interesses e necessidades.

Logo no artigo 166, o Novo Código de Processo Civil elenca os princípios da mediação como sendo: "princípios da independência, da imparcialidade, da

---

[17] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo. 1ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 80.

[18] Lei que dispõem sobre "a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública".

autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada", enquanto que a Lei n. 13.140/2015 os define como: "princípio da imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa fé".

Disso conclui-se que ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação se assim não o quiser, as partes podem e devem se manifestar de forma franca, espontâneo e simples – a ponto de ser de fato um método facilitador do diálogo –, que o mediador deverá atuar de forma a conduzir a sessão sem pressionar os envolvidos e as partes devem ser tratadas de forma equânime, sendo mantida a boa-fé objetiva que deve permear todas as relações.

A participação voluntária e ativa na mediação é a grande chave para o sucesso como método de resolução de conflito e importante vantagem frente ao método da arbitragem em que um terceiro também resolverá o conflito.

A conciliação, por sua vez, embora muito próxima à mediação, tem como definição no parágrafo 2º, do artigo 165, a atuação de um conciliador "nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes", podendo "sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem".

O conciliador também será um terceiro naquela situação, imparcial, mas nesses casos atuará de forma mais ativa na resolução do conflito, passando ao papel de recomendar aos envolvidos o termo para um acordo, tendo limitação de tempo para as sessões de conciliação.

Nesse aspecto, pode-se dizer que a conciliação se distingue da mediação porque o conciliador não é escolhido pelas partes e poderá exercer uma função de interveniente ao sugerir como se daria determinado acordo.

É por isso que a conciliação é utilizada como método pré-processual, com a explicita intenção de que a questão controversa seja soluciona antes mesmo da atuação do Estado-juiz, sendo importante ferramenta a ser considerada também na eventual elaboração de um negócio jurídico processual, possibilitando às partes determinar antes mesmo do conflito a realização de uma conciliação.

Essa situação estaria ligada igualmente à fase pré-contratual, a fim de que desde o início da celebração do negócio as partes tenham clara a possibilidade de se

reunirem amigavelmente para a tentativa de uma composição pacífica antes de se dirigirem diretamente ao Poder Judiciário.

Por fim, a arbitragem, disciplinada na Lei n. 9.307/1996, alterada pela Lei n. 13.129/2015 e com previsão no Código de Processo Civil de forma subsidiária, tarta de uma forma de heterocomposição.

Isso porque, delega a um terceiro (árbitro) a decisão sobre o conflito e será ele quem vai analisar a questão e decidir qual será o seu desfecho.

É sob tal aspecto que por vezes se justifica a dúvida se trataria na realidade de uma atividade jurisdicional e, a esse respeito, verifica-se que o Novo Código de Processo Civil harmoniza a arbitragem com a jurisdição estatal por meio da Carta Arbitral (pedido de cooperação judiciária formulado pelo juízo arbitral).

Destaca-se, ainda, a impossibilidade do juiz reconhecer de ofício a convenção de arbitragem e o fato de que, se a parte não se pronunciar em momento oportuno, será consagrada a aceitação pela jurisdição estatal ante o juízo arbitral (CPc, art. 337, §§5º e 6º). Isso coloca uma pá de cal na discussão sobre a possibilidade da convenção arbitral implicar em renúncia ao Poder Judiciário.

A respeito da arbitragem ainda é válido afirmar que dependerá de pessoas capazes e que a controvérsia trata de direito patrimoniais disponíveis, existindo tão somente quando não se configurar vínculo anterior entre as partes, ao contrário do que o que se verifica nos casos de mediação e conciliação.

Conclui-se, portanto, que as referidas vias alternativas se destinam à pacificação dos conflitos e a gerar uma economia comparada ao processo judicial, além daquele inerente aos atos processuais propriamente ditos ao permitir solução ágil, prática e eficaz.

5.3. – ODRs - Online Dispute Resolution

Baseando-se no sistema multiportas de resolução de conflitos – que define a existência de um método de resolução de conflito para cada situação específica –, a atenção se volta à chamada *Online Dispute Resolution*, que nada mais é do que a utilização de tecnologia pelas partes para a solução de conflitos.

Assim, trata-se de um método totalmente digital, mas que ainda assim garante a segurança jurídica necessária para que produza regularmente seus efeitos.

Nesses casos, as partes podem até mesmo entabular um acordo – que tem força executiva em razão de sua natureza contratual – por meio de um celular, trazendo mais eficiência, velocidade e facilidade para a solução amigável de um conflito sem a necessidade de provocar a máquina judiciária.

Para tanto, é necessário que se observe ante o caso concreto qual a melhor forma de aproximar as partes, a fim de que não se percam as vantagens de cada um dos métodos existentes e aceitos em nossa sociedade, analisando a questão sob a dinâmica econômica, em razão do tempo e qual seria o mais acessível.

Dentre os inúmeros benefícios trazidos pela ODR, podem ser citados o fato de se tratar de uma solução ainda mais rápida, eficiente e que é voluntariamente cumprida pelos envolvidos, a participação ativa das partes (autonomia da vontade), flexibilidade do instrumento utilizado, conveniência as partes por estar vinculada apenas ao uso de tecnologia, mais economia compara a processos judiciais, pode gerar soluções mais criativas e duradouras, sendo, portanto, importante método moderno para reestabelecer o diálogo entre as partes.

Considerando-se os benefícios tanto para a jurisdição estatal, quanto para as partes – sinteticamente, por ser mais célere e econômica e evitar o desgaste emocional de encontros presenciais –, as ODRs, devem ser utilizada como o importante método de resolução de conflito a que se dispõe, resultando em título executivo de natureza judicial, assim como o termo que firma o acordo ou a decisão arbitral.

6. – Conclusão

Percebe-se que apesar da segurança jurídica alcançadas pelas decisões judiciais, aos litigantes ainda é possível solucionar seus conflitos por meio de métodos alternativos sem que seja necessário despender tempo e recursos junto ao Poder Judiciário.

Os métodos alternativos de solução de conflitos surgem para simplificar o diálogo entre as partes e resultar em uma aproximação direta, trazendo mais celeridade, economia e dinamismo aos relacionamentos.

As alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 reforçam esse entendimento e incentivam à busca de tais métodos alternativos, inaugurando, ainda, a utilização do negócio jurídico processual, que não mais é do que um facilitador entre as partes que, em uma análise presentivo-consultiva, dispõem sobre a forma de solucionar conflitos antes mesmo que eles tenham se instaurado entre elas.

É uma importante ferramenta que surge como auxílio à toda a sociedade junto com os tradicionais métodos de mediação, conciliação e arbitragem, a fim de desafogar o Poder Judiciário ao mesmo tempo em que estabelece um novo formato para que as partes nutram interesse à autocomposição.

Ainda que exista uma enorme barreira a ser enfrentada, qual seja a cultura de litigância que impera nas relações sociais, o direito já avançou sobremaneira a romper paradigmas, possibilitando inclusive o uso de tecnologia para facilitar a composição como manifestação da autonomia da vontade, como é o caso das ODRs (Online Dispute Resolution), aproximando ainda mais os conflitantes.

Nesse aspecto, é inegável a contribuição dos métodos de resolução de conflito, que pode se dar tanto no âmbito da jurisdição estatal (inclusive no decorrer do processo), como extrajudicialmente, atendendo o preceito constitucional de acesso à justiça, proporcionando audiências imediatas, resultados justos e descongestionando os tribunais.

Tais modelos alternativos de solução de conflito visam a dirimir de forma célere e eficaz os conflitos, tratando-se, assim, de procedimentos democráticos que garantem a mesma segurança jurídica na formação de um título executivo judicial como é o caso das decisões judiciais proferidas.

É verdadeiro incentivo para que as partes passem a considerar todas os aspectos e dimensões de uma demanda jurídica e do próprio conflito, podendo optar de forma consciente (e benéfica) aquela que melhor atende às suas necessidades. Afinal, o que interesse é efetivamente o alcance da satisfação das partes ao final do procedimento, especialmente garantindo que o negócio entabulado gere os efeitos (ou quase todos) pretendidos quando do início de seu relacionamento.

7. – Referências Bibliográficas

1. CINTRA, Antonio Carlos Araujo; GRINOVER. Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 32 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2020.

2. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

3. MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel, SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

4. DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, Volume 1. 12ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

5. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo. 1ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

6. TEPEDINO, Gustavo, KONDER, Carlos Nelson, BANDEIRA, Paula Greco. Fundamentos do Direito Civil – vol. 3 – Contratos, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

7. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 2. – São Paulo: Saraiva, 2004.

8. DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

9. GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. Negócios Jurídicos Processuais e análise econômica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

10. SANTOS, Silas Silva. Comentários ao Código de Processo Civil.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

11. MITIDIERO, Daniel, MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Novo curso de processo civil tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. II. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.

12. GRINOVER, Ada Pelegrini. O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

13. TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2020.

14.. HEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

15. BUENO, Cassio Scarpinella. Projetos do Novo Código de Processo Civil Comparados e Anotados. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

16.. DEMARCHI, Juliana. *Técnicas de Conciliação e Mediação*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGASTRA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (coord.). Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 3ª reimp. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

17. LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. Coleção ODRs - Mediação Judicial - Análise da Realidade Brasileira: Origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

Bibliografia Complementar

1. SOUZA NETO, Joao Baptista de Mello e. *Mediação em Juízo*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

2. BACELLAR, Roberto Portugal. *O Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos*. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coords.). *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

3. MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

4. WATANABE, Kazuo. *A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil in Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação* / Vários colabores. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

5. BARROS, João Pedro Leite. *Arbitragem Online em Conflitos de Consumo.* Tirant Lo Blanch Brasil - Iberojur, 2019.

6. ALVIM, José Manuel de Arruda. *Manual de Direito Processual* Civil – negócio jurídico – 19ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

7. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2020.

8. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócio Jurídico Processual*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2020.