
CONTRATOS CIVIS BRASILEIROS E NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NA PANDEMIA

Paulo Muanis do Amaral¹

Resumo: O que se pretende com este artigo é mostrar como os contratantes podem se utilizar do mecanismo do negócio jurídico processual para dirimirem, de plano, o procedimento que irão utilizar, caso o contrato seja levado ao Judiciário, a uma arbitragem ou a uma mediação. Sabendo que o destinatário final do contrato é o julgador, os contratantes podem estipular onde irão querer litigar, sob qual regime jurídico, quais prazos as partes terão para se defenderem ou para reclamarem de algum inadimplemento contratual, etc. Neste estudo, se mostrará imperiosa uma análise das possibilidades que os contratantes terão na elaboração desta cláusula do instrumento contratual e da solução do conflito, principalmente, diante da agilidade que o fim de uma controvérsia requer em momento de pandemia. É importante se ter em mente que a cláusula pode ser declarada nula de pleno direito, por ter sido mal redigida ou por ter extrapolado as normas cogentes.

Palavras chaves: Negócio Jurídico. Contratos. Cláusulas. Colaboração. Processo.

Abstract: The purpose of this article is to demonstrate how the contracting parties may use the procedural legal transaction mechanism to settle the proceeding they elect to use, in case the contract is forwarded to the judiciary, to arbitration or mediation. Once the contracting parties know that the final receiver is the Judge, they may determine where to settle the dispute, under which legal regime, the deadlines that they have to defend themselves or to complain about any contractual breach, etc.. This study analyses the special attention the contracting parties should have while drafting such clause in the contractual instrument, and the resolution of the conflict, especially in the face of the agility that the end

¹ Formado em 2008 pela FMU, possui Pós Graduação "Lato Sensu" em Direito Processual Civil com defesa escrita e oral pelo CEU-IICS Escola de Direito; Curso em Direito dos Contratos PML pelo CEU-IICS Escola de Direito; Curso de Teoria Geral e Negócios Jurídicos Imobiliários pelo CEU-IICS Escola de Direito; Pós Graduação "Lato Sensu" em Direito dos Contratos LL.M. com defesa escrita pelo INSPER; Pós Graduação "Lato Sensu" em Direito Empresarial LL.M. com defesa oral e escrita pelo CEU-IICS Escola de Direito, além de ter sido aluno especial no Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em Direito Processual Civil no segundo semestre de 2016. Atualmente é mestrando em Filosofia do Direito pela PUC-SP. É titular do Muanis Rocha Sociedade Individual de Advogados (área: Civil e Processual Civil) e Coautor da obra Estudos Aplicados de Direito Empresarial - Contratos, com o Tema: "Considerandos": Sua Importância nos Contratos Civis Brasileiros. 1^a. ed. São Paulo: Almedina, 2016. Escreveu também em jornais, blogs e concedeu entrevistas para jornais de televisão e canais de internet. Foi Professor Assistente pelo CEU-IICS Escola de Direito e da UNINOVE; atualmente é membro do Conselho Editorial da Revista digital Sapere Aude e diretor da associação Comercial do Estado de São Paulo.

of a controversy requires at a time of pandemic. It is important to have in mind that the clause can be declared null and void in its own right, because it has been badly drafted or because it has extrapolated the cogent norms.

Key words: Legal Transaction. Contracts. Clauses. Collaboration. Procedure/Proceeding.

INTRODUÇÃO

O objetivo do artigo é mostrar que atualmente, ao elaborar um contrato, as partes já podem, previamente, delimitar, na possibilidade de um litígio futuro, qual o procedimento será adotado para dirimir o conflito social, mas não só, essa possibilidade pode se dar no momento da instauração de qualquer procedimento de resolução de conflitos.

Tal mecanismo se mostra muito interessante e primordial em tempos de pandemia.

Com a lei de arbitragem² de mil novecentos e noventa e seis, o Brasil já assinalava que em se tratando de direitos disponíveis, as partes poderiam entrar em comum acordo sobre como, quando, em que prazo, sob qual norma e jurisdição, o litígio oriundo daquele contrato teria seu desfecho.

É certo que o código de processo civil de 1973³ trazia alguns dispositivos que autorizavam a utilização dos negócios jurídicos processuais (por não mais ser o código vigente o tema será abordado sucintamente), mas o código de processo civil⁴ atual veio com muito mais força nesse quesito⁵ e, efetivamente, traz inovações neste sentido.

² Ver Lei 9.307 de 23 de Setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

³ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

⁴ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 28 set.. 2016.

⁵ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário. Art. 192. Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa. Parágrafo único. O documento redigido em língua estrangeira somente poderá ser juntado aos autos quando acompanhado de versão para a língua portuguesa tramitada por via diplomática ou

O país deu um enorme passo e teve um extremo avanço com essa possibilidade vinda com o *novo* código de processo civil. Como dito acima, na arbitragem tal prática se mostrava completamente possível, mas trazer essa novidade para a jurisdição estatal é de extrema valia para aqueles que contratam e querem, de alguma forma, ver os seus problemas resolvidos com maior rapidez; no momento em que vivemos uma solução rápida se mostra imperiosa não só pelo aspecto temporal, mas pelo olhar econômico, uma vez que todo o globo sofreu com o desemprego, falta de circulação dos bens e refreamento do superávit comercial.

No decorrer do presente trabalho serão apontadas as diferenças que existem entre a lei de arbitragem e o código de processo civil, no que concernem aos negócios jurídicos processuais.

Tratar-se-á também acerca da mediação (e sucintamente da conciliação) como forma alternativa de solução de conflitos, uma vez que, de certa maneira, as partes também podem transigir sobre determinados aspectos dessas outras modalidades, podendo escolher os mediadores etc.

No presente trabalho, além de se tratar das soluções de conflitos propriamente ditas, abordar-se-á como o negócio jurídico processual pode fazer parte de um contrato, tendo em vista que, as partes, ao transigirem no que concerne ao procedimento a ser adotado, elas o fazem a partir de uma cláusula contratual, portanto, dever-se-á observar a validade, a eficácia e a existência de tal cláusula. Com isso, as partes não serão surpreendidas futuramente com a anulação, nulidade ou inexistência de tal cláusula, ou seja, toda a parte geral do código civil brasileiro⁶ que tratam sobre os contratos e negócios jurídicos e que deverá ser observada no momento da elaboração de tal cláusula. Também não se pode deixar lado a análise da capacidade das partes, da licitude do objeto, dos efeitos daquele determinado contrato etc.

Apesar de tais mecanismos serem muito utilizados em contratos empresariais, o presente trabalho se fixará apenas e tão somente nos contratos civis, deixando de lado também os contratos por adesão, os contratos de consumo e os contratos de trabalho;

pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado. Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

⁶ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

também não será tema deste trabalho versar sobre o *dispute boards* e tampouco se vislumbra dissertar acerca da diferença entre ato, fato e negócio jurídico (apenas o negócio jurídico será tratado para dar base à argumentação no que concerne à cláusula contratual que delimita o negócio jurídico processual).

I. O NEGÓCIO JURÍDICO

Cediço o entendimento de que todo contrato é um negócio jurídico⁷ e de que a cláusula que trata sobre o negócio jurídico processual (chamada também de *contratos processuais* – *Prozessverträge*⁸) não vale de nada se ela estiver sozinha, ou seja, há a necessidade de se ter um contrato gerando obrigações entre as partes, seja ele qual for, mas que trate de direitos disponíveis. Com isso, a cláusula arbitral, de mediação, ou de um negócio jurídico processual de acordo com o código de processo civil atual, poderá auxiliar os contratantes no sentido de estipular o procedimento pelo qual as partes irão se socorrer, caso um conflito social oriundo daquele contrato venha a aparecer futuramente. Este pode ser um instrumento formidável em momentos de crise como a vivida hodiernamente.

Negócios jurídicos, como já vimos, são a forma mais requintada de intervenção da liberdade do agente para criação, modificação ou extinção de direitos⁹.

A cláusula que gera obrigação¹⁰ às partes contratantes com o intuito de pré-estipular qual o procedimento a ser adotado pelas partes para dirimir litígios deve, obrigatoriamente, seguir os requisitos autorizadores de qualquer cláusula contratual, portanto, imperioso que

⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed., tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 90. “1. A EXPRESSÃO “NEGÓCIO JURÍDICO”. – O direito romano não alcançara usar o conceito utilitário de *negócio jurídico*. Continuou no pluralismo empírico, a que corresponde as expressões *negotium, gestum, factum, actus, actum, contractum* (cf. A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo*, I, 1873, 403 s.)”.

⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. I. ed., tomo XV. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 239.

⁹ JUNIOR, Nelson Nery, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Manual de Direito Civil: Obrigações**. I. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 72.

¹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria Geral: Ações e Fatos Jurídicos**. 3. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28. “Como vimos em páginas anteriores, a grande maioria dos autores aceita a teoria objetiva de Bülow, segundo a qual o negócio jurídico funda-se na “autonomia privada”, ou seja, no poder de auto-regulação dos interesses que contém a enunciação de um preceito, independentemente do querer interno. Apresenta-se, então, o negócio jurídico como uma “norma concreta estabelecida pelas partes””.

sejam observados tanto os preceitos constantes da norma geral do código civil brasileiro quanto as determinações constantes do negócio jurídico em si.

De nada valerá a cláusula que estipula o negócio jurídico processual se o contrato for nulo, inexistente ou anulável. Ou seja, é imperioso que o objeto do contrato seja lícito, que as partes sejam capazes e que a validade¹¹, a eficácia e a existência sejam verificadas e estejam de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.

Isto posto, é de suma importância que as partes já tenham em mente como elas deverão agir no caso de ocorrer uma ruptura contratual indesejada no futuro.

No momento em que as partes estão iniciando as tratativas, firmando o contrato, almejando o melhor para todos na direção de ver aquele negócio jurídico¹² firmado prosperar, é que elas devem, também, se preocupar em subsumir o contrato a qual procedimento deverão as partes adotar no futuro. É neste instante que as partes estão confortáveis, não belicosas, afáveis e aptas a se entenderem de maneira que se tornará muito mais fácil já aparar as arestas contratuais e, com isso, com clareza no pensamento, já se vislumbrar um possível litígio e, se assim acontecer, que ele seja feito de maneira a menos onerar e prejudicar ambas as partes.

Melhor momento não há para que o negócio jurídico processual seja firmado, seja por uma cláusula arbitral cheia e não aberta (este tema será tratado mais a fundo a frente), seja firmando quais os prazos que as partes terão, a competência territorial, as provas a serem produzidas e por quem, submetendo aquele contrato não à uma câmara arbitral, mas

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17. ed., v. I. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 278. “Toda a ação pode ser lícita ou ilícita. Mas só a propósito do negócio jurídico poderemos falar de invalidade. Não tem sentido perguntar se um crime é válido ou inválido. A validade é vício específico do negócio jurídico. Todos aceitarão a afirmação que o negócio jurídico vale para produzir efeitos jurídicos. Se não obedecer porém aos requisitos estabelecidos para tal, não vale. A invalidade é, genericamente, a condição do negócio que não reúne os requisitos necessários para a produção de efeitos jurídicos.”

¹² TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson. **Obrigações e Contratos**. I. ed., v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 683. “[...]. Fica entregue à doutrina a conceituação do ato negocial, ou seja, fato jurídico volitivo, intencional quanto aos efeitos a serem produzidos; com poder, em tese, de auto-regulamentação de interesses individuais, mas cujo fim colimado nem sempre coincide com o advindo da lei, tantas as limitações que sofre. Instrumento da autonomia privada, por ele se estabelecem relações jurídicas concretas, criando, modificando, extinguindo direitos. Sua regulamentação parte da declaração de vontade (e portanto com o pressuposto da capacidade), de natureza privada, patrimonial e extrapatrimonial, bilateral ou unilateral, receptício ou não, *inter vivos* e *mortis causa*. Dirigem-se as normas notadamente aos negócios bilaterais de maior frequência, os contratos, que, além delas, possui outras, também genéricas, na Parte Especial do Direito das Obrigações. O elemento volitivo do negócio jurídico é objetiva e subjetivamente regulado nas modalidades negociais que se prestam a condições, termos, encargos. São previstas as causas que fazem defeituoso o negócio e que os invalidam por força das sanções de nulidade e anulabilidade, privativas de seus efeitos jurídicos..”

ao Judiciário, ou até mesmo estipulando uma mediação ou conciliação antes de se levar a controvérsia ao ente estatal.

Portanto, a vontade¹³ que emana das partes no instante da contratação é que irá nortear todo o contrato¹⁴, inclusive na esfera litigiosa. Tal vontade, no momento em que ela for esboçada e redigida, as partes não mais poderão voltar atrás e, diante disso, não mais poderão se esquivar daquilo que foi contratado¹⁵, mesmo em se tratando de cláusula que verse sobre qual o procedimento a ser adotado em caso de litígio; cláusula que disponha acerca do negócio jurídico processual.

Não se pode deixar de lado que normas cogentes não podem ser contrariadas, ou seja, em caso de prescrição ou de decadência, por exemplo, as partes não podem abrir mão de seu direito e tampouco dilataram ou diminuir prazos que versarem sobre estas matérias.

Claro que as exceções existem. Em se tratando de arbitragem as partes podem escolher até mesmo o direito pelo qual aquela *facti species* será subsumida (equidade, por exemplo), mas este assunto será melhor esmiuçado à frente.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 303/304. “Os “negócios jurídicos” são, portanto, declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente; os “atos jurídicos *stricto sensu*” são manifestações de vontade, obedientes à lei, porém geradoras de efeito que nascem da própria lei. Dentre os atos ilícitos estão os atos que não são negócios jurídicos (Código Civil português, art. 295; Projeto de Código Civil brasileiro de 1975, art. 185), bem como os negócios jurídicos. Todos, porém, compreendidos na categoria mais ampla de “atos lícitos”, que se distinguem, na sua etiologia e nos seus efeitos “atos ilícitos”. Foi a doutrina alemã que elaborou o conceito do *negócio jurídico* (*Rechtsgeschäft*), encarecido pelos escritores tedescos como dos mais importantes da moderna ciência do direito, e imaginou-o como um *pressuposto de fato, querido ou posto em jogo pela vontade, e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido*. O fundamento e os efeitos do negócio jurídico assentam então na vontade, não uma vontade qualquer, mas aquela que atua em conformidade com os preceitos ditados pela ordem legal. E tão relevante é o papel da vontade na etiologia do negócio jurídico, que se procura identificar a sua própria idéia conceitual com a declaração de vontade, constituindo-se desta forma a sua definição.”

¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 42. ed., v. I. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 219. “A característica primordial do negócio jurídico é ser um ato de vontade. Precisamente nesse ponto se manifesta sua frontal oposição ao fato jurídico (*stricto sensu*), que é a resultante de forças naturais em geral. No negócio jurídico, a vontade das partes atua no sentido de obter o fim pretendido, enquanto no ato jurídico lícito o efeito jurídico ocorre por determinação da Lei, mesmo contra a vontade das partes.”

¹⁵ BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. 1. ed., Campinas: Servanda, 2008, p. 88. “Passando, após estas premissas, a determinar o conceito do negócio jurídico, não devemos perder de vista o problema prático, de que a autonomia privada e o seu reconhecimento jurídico representam a solução. O instituto do negócio jurídico não consagra faculdade de “querer” no vácuo, como apraz afirmar a certo individualismo, que ainda não foi estripado da hodierna dogmática. Pode dizer-se, segundo o que já vimos, que ele até garante e protege a autonomia privada na vida de relação, na medida em que se destina a servir de assentamento a interesses dignos de tutela, nas relações que lhe dizem respeito. Assente isto, é também fácil chegar a definir o negócio jurídico segundo os seus caracteres genéticos e essenciais. Ele é o ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (ato de autonomia privada): ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social e lhe caracteriza o tipo (típica neste sentido).”

Com dito acima, em momentos de crise, todos devem se adaptar à uma nova realidade e, assim sendo, as partes podem baixar um pouco a guarda e dirimirem as questões acerca dos prazos que as partes terão (diminuindo-os), sobre a competência territorial (procurando um fórum mais ágil e com menos demandas), as provas a serem produzidas e por quem (sem que se tenha a necessidade de o juiz se pronunciar a esse respeito), estipulando uma mediação ou conciliação antes de se levar a controvérsia ao ente estatal e, até mesmo, dirimirem/explicitarem, junto do julgador, os prazos a ele estipulados (até mesmo com data de audiências), devendo observar a agenda do magistrado (conforme apregoam o artigo 191 e seus parágrafos do código de processo civil brasileiro¹⁶).

2 A ARBITRAGEM E A CLÁUSULA ARBITRAL

Um dos meios de solução de conflitos¹⁷ mais interessantes é a arbitragem¹⁸; por se tratar de uma jurisdição não estatal, a arbitragem se mostra eficaz e célere em comparação com o judiciário.

A arbitragem veio, também, para desafogar o judiciário como uma forma de pacificar conflitos em que se atribui a um particular e não ao Estado a tutela jurisdicional. O processo arbitral tem muito mais rapidez (e talvez maior exatidão e competência nas decisões) do que o procedimento comum.

¹⁶ Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário. BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 28 jul. 2020.

¹⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 75/76. “Ao mesmo tempo em que o legislador assegura o acesso irrestrito à justiça, preconiza também as virtudes da solução consensual dos conflitos, atribuindo ao estado o encargo de promover essa prática pacificadora, sempre que possível (NCPC, art. 3º, § 2º). Nessa linha de política pública, recomenda que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros no Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (NCPC, art. 3º, § 3º).”.

¹⁸ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**, São Paulo: Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 9. “Sem dúvida existe um negócio jurídico celebrado entre as partes tendo como pressuposto um acordo de vontade entre elas, dizendo respeito a objetos estipulados pelas partes de acordo com o ordenamento jurídico utilizado.”.

A arbitragem só pode ser escolhida/provocada pelos jurisdicionados para resolver conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis, ao contrário do que acontece em Nova Iorque, por exemplo, que se resolve pela arbitragem, até mesmo conflitos oriundos do direito de família e no âmbito do direito do trabalho.

Num passado não longínquo, muito se discutiu sobre a constitucionalidade da lei arbitral, pois, acreditava-se que o Estado era soberano no que se refere à tutela jurisdicional. No dia 12/12/2001, a lei da arbitragem (Lei nº 9.307/1996), foi tida como constitucional pelo STF, que entendeu ser a vontade da parte soberana ao optar pela apreciação extrajudicial. Esta escolha não ofende o art. 5º, XXXV da CF¹⁹, pois, tal preceito não impede a exclusão da tutela do Estado para a pacificação dos conflitos sociais.

Hodiernamente a força de uma decisão proferida por um árbitro tem a mesma força de uma decisão proferida por um juiz, sendo o árbitro reconhecido como juiz de fato e de direito. Porém, no caso de as obrigações de fazer não serem cumpridas ou se sentenças condenatórias não forem cumpridas, o árbitro não pode coagir, como um juiz pode, para que a parte a cumpra ou pague, respectivamente. Ou seja, caso o árbitro entenda que algum documento deva ser exibido ou que uma penhora deva ser feita, ele não tem esse poder de coação para obrigar à parte, como o Estado tem (soberania estatal), portanto, para ver essa questão resolvida, a parte deverá se socorrer ao judiciário, tendo em vista que esse poder de polícia (é indelegável), o árbitro não o possui; o mesmo ocorre no caso de uma concessão de uma tutela antecipada dada pelo árbitro: se a parte não a cumpre por livre e espontânea vontade, o árbitro não poderá tomar medidas para que a parte a cumpra, devendo tal decisão ser levada ao judiciário para que um juiz estatal o faça, de acordo com o que a lei lhe dispõe. Logo a sentença arbitral deverá ser executada no judiciário (tendo força de uma sentença judicial, é um título executivo judicial; conforme apregoa o art. 515, VII do código de processo civil brasileiro)²⁰.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

²⁰ GIUSTI, Gilberto. in Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), Revista do ADVOGADO, abril de 2013, nº 119. p. 51. “Assim, ao levar à execução judicial a sentença arbitral não cumprida voluntariamente no prazo assinalado, a parte credora indicará o valor principal da condenação devidamente acrescido da multa que havia sido contratada e, por consequência, determinada na sentença arbitral exequenda. Para o pagamento desse valor assim calculado, será o devedor citado sob pena da multa (de natureza distinta, processual) prevista no art. 475-J do CPC.”.

Para que os litígios sejam resolvidos pela arbitragem²¹, as partes contratam mediante convenção de arbitragem (art. 3º da Lei 9.307/96), assim entendida a cláusula compromissória (art. 4º da Lei supradita²²) e o compromisso arbitral (art. 6º da mesma Lei supramencionada).

Tal convenção pode ser cheia ou vazia; se cheia quer dizer que os ditames para seu processamento/materialidade já foram acordados pelas partes; e se vazia, caso não haja acordo entre as partes, o poder judiciário será provocado para preencher as especificidades da cláusula.

Ou seja, se a cláusula compromissória arbitral for cheia, todas as delimitações do procedimento arbitral foram exauridas, deste modo, os prazos procedimentais já foram delimitados (de contestação, réplica, apresentação de provas e quesitos e até mesmo de sentença – se a sentença não for prolatada na data aprezada passa a ser nula), a lei que regulamentará aquela relação jurídica (se da Dinamarca, se a do Brasil e até mesmo por equidade – diferentemente do judiciário cujas Leis são impostas às partes²³) e o árbitro que julgará (a quantidade de árbitros) aquele litígio em qual câmara arbitral (se a Câmara de Comércio Brasil Canadá, se pelo tribunal arbitral de Londres ou de Nova Iorque); em se optando por essa modalidade de cláusula o judiciário está impedido de intervir nessa relação. Por derradeiro vale dizer que nem mesmo de advogado a parte precisa para ver sua pretensão apreciada pela arbitragem.

Já, se o compromisso arbitral for vazio, o que não se recomenda justamente pelo que se foi alegado no capítulo anterior deste artigo, e as partes não entrarem em um acordo sobre qual procedimento será adotado para dirimir aquele determinado litígio, as partes deverão se socorrer do judiciário para discutir tais questões. Se assim for, a celeridade que é

²¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e o Processo**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 89. “[...] a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; com pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição soa árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (clausula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral.”

²² JUNIOR, Luiz Antônio Scavone. **Manual de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28. “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.”

²³ MAGALHÃES, José Carlos de. in Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), Revista do ADVOGADO, setembro de 2006, nº 87. p. 61. “[...] as características do processo arbitral nem sempre permitem que sejam a ele aplicados princípios do processo judicial, salvo os que asseguram o contraditório e a igualdade de tratamento entre os litigantes, comum a ambos.”

um dos grandes pilares deste instituto perde a razão de ser, uma vez que até o judiciário resolver o procedimento pelo qual as partes se submeterão, anos poderão se passar. Ou seja, o judiciário preencherá as lacunas da cláusula vazia, estipulando os prazos, a câmara arbitral, a lei e o número de árbitros para dirimirem àquele imbróglio.

Pelo motivo destacado acima é que se recomenda às partes, no momento da elaboração do instrumento contratual, enquanto tudo está na sua devida ordem e as partes estão agindo com boa-fé, que já estipulem qual será o procedimento adotado e, portanto, se utilizando de uma cláusula cheia e não vazia.

Imperioso destacar que se o contrato mãe é elaborado com cláusula arbitral, seja ela qual for, e os aditivos contratuais não fizerem menção sobre a escolha pela arbitragem para a solução de um conflito futuro e, a partir de então, mencionarem o judiciário como sendo o local apropriado, aquela relação jurídica deverá se socorrer do judiciário para dirimir suas dúvidas e não mais à arbitragem.

Ao optar pela resolução de litígio na arbitragem a parte encontra inúmeras diferenças entre a arbitragem e o processo comum do ordenamento nacional. Pode-se inicialmente destacar que na arbitragem não existe o duplo grau de jurisdição como ocorre no processo comum; a sentença arbitral é terminativa e faz coisa julgada, apenas sujeitando-se aos casos elencados no art. 966 do código de processo civil atual²⁴.

²⁴ Art. 966 do CPC. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos. § 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado. § 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça: I - nova propositura da demanda; ou II - admissibilidade do recurso correspondente. § 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas I (um) capítulo da decisão. § 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei. § 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do **caput** deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. § 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica. BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 30 jul. 2020.

Os árbitros, diferentemente dos juízes, cuidam de poucos processos e tratam de matérias das quais tenham notório saber; aliás, não precisam ser juristas ou advogados: podem ser engenheiros, médicos etc., variando sua especialidade de acordo com o fato específico discutido, com isso, percebe-se a clara aproximação das partes com o árbitro, mas uma aproximação saudável sem invasão da imparcialidade do árbitro. Esta íntima relação é claramente visualizada na *common law* que faz com que o entendimento do caso não seja apenas fruto de leitura/petição, mas sim que se tenha um entendimento real dos fatos expostos, discutindo-se as questões abertamente, frente à frente, vislumbrando também desta forma, a pacificação do fim colimado via explicações diretas à perguntas diretas, leitura da linguagem corporal, etc..

Com o exposto acima, percebe-se que a arbitragem é um meio de solução de conflito que se amolda perfeitamente em casos de urgência e tecnicidade, podendo auxiliar a população de forma mais célere e certa em situações como a que estamos vivendo neste momento tão triste da humanidade.

3 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo código de processo civil, publicado em 17 de março de 2015, positivou um novo e importante instrumento que é colocado à disposição das partes: os chamados negócios jurídicos processuais²⁵. Com este instrumento, mediante certas condições, as partes poderão estabelecer regras processuais específicas ao seu caso concreto, adequando o procedimento e demais circunstâncias às especificidades da causa, bem como dispor sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo (art. 190 do código de processo civil atual já acima mencionado). O art. 191 do código de processo civil brasileiro (também supramencionado) é ainda mais inovador e prevê que as

²⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais: Entre Publicismo e Privatismo**. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Livre-docente em Direito, São Paulo, 2015, p. 34. “Negócio jurídico processual é o ato que produz ou pode produzir efeitos no processo escolhidos em função da vontade do sujeito que o pratica. São, em geral, declarações de vontade unilaterais ou plurilaterais admitidas pelo ordenamento jurídico como capazes de constituir, modificar e extinguir situações processuais, ou alterar o procedimento.”

partes e o juiz poderão fixar calendário para a prática dos atos processuais – neste diapasão o Juiz tem que consultar sua agenda e não cabe a ele dizer se concorda ou não com as estipulações das partes, devendo apenas homologá-las, salvo se nulas forem²⁶, devendo às partes observarem a agenda do julgador.

Em outras palavras, pode-se dizer que o magistrado, como regra, não poderá interferir na disposição das partes nos negócios processuais, salvo as hipóteses, como dito, de nulidade. Vale, além disto, lembrar que o juiz não é figurante no processo e, por evidência, é o destinatário das provas. Assim, ainda que as partes expressem a vontade de produção de prova por um perito predeterminado, se o magistrado entender necessário, não há, em princípio, como afastar esta segunda perícia, perícia complementar ou qualquer outra prova que o magistrado entenda necessária para o seu livre convencimento – convicção - (motivada); mesmo tendo as partes convencionado de forma contrária na cláusula que trate do negócio processual²⁷ (especialmente por conta da disposição do art. 370 do código de processo civil brasileiro).

A convenção das partes sobre matéria processual já foi explorada no Brasil, especialmente por conta da disposição do art. 158 do código de processo civil de 1973, como, por exemplo, foro de eleição (art. 111 do código de processo civil de 1973) suspensão do processo (art. 265, II, do código de processo civil de 1973), convenção sobre distribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único, do código de processo civil de 1973), entre outros.

Barbosa Moreira trata do tema por “convenções processuais”, mas alerta que há grande discussão doutrinária no que tange ao caráter terminológico do instituto. No estudo, ele diz que há grande gama de dispositivos legais no código de processo civil de 1973 que as

²⁶ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogerio Licastro Torres de, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO; Maria Lúcia Lins. **Primeiros Comentários ao Novo código de Processo Civil**. 2. ed., São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 401. “[...]. Neste passo, o **negócio jurídico processual**, evidentemente, **não é absoluto**, sujeitando-se ao regime de invalidades dos negócios jurídicos. Permite-se o **controle**, pelo órgão jurisdicional, **de ofício** ou a **requerimento da parte**, da validade das convenções estabelecidas no negócio jurídico processual, observadas as prescrições do parágrafo único do art. 190 sob análise, contudo, admite a recusa do juiz em aplicar o negócio jurídico processual, ou parte dele, exclusivamente nos casos de nulidade, de constância do negócio jurídico processual em contrato sob a forma de adesão ou existindo manifesta situação de vulnerabilidade de uma parte relativamente à outra. [...]”.

²⁷ CORRÊA, Fábio Peixinho gomes. in Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), Revista do ADVOGADO, maio de 2015, nº 126. p. 78. “A confirmar esse estímulo à liberdade, o CPC em vigor pouco dispôs sobre o regime aplicável a cada negócio jurídico processual, figurando entre as exceções a convenção processual sobre a prova, cuja validade está sujeita à disponibilidade do direito objeto do processo e à proibição de tornar a prova excessivamente difícil para a parte a quem incumbirá o ônus da prova (art. 333, parágrafo único, incisos I e II).”.

partes podem transigir, enfatizando que há oportunidade de as partes versarem sobre matéria processual e, ainda, apresenta o exemplo da possibilidade de as partes dispensarem assistentes técnicos²⁸.

O art. 190 do código de processo civil atual, dada a sua redação, apresenta três obrigações aos negócios jurídicos processuais: (1^a) que a (futura ou existente) demanda trate apenas de direito que admita a autocomposição; (2^a) as partes sejam plenamente capazes; (3^a) o negócio jurídico trate apenas dos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais daquelas partes.

Outro artigo que aborda a possibilidade de se utilizar do negócio jurídico processual é o art. 200 do código de processo civil (art. este já supradito); aqui as partes podem desistir da ação em curso, porém, tal desistência só produzirá efeitos após a homologação feita pelo juiz²⁹. Importante salientar que se o autor desistir da ação unilateralmente, ela só poderá ser feita, se houver concordância do réu; caso contrário o processo deve prosseguir, uma vez que o réu tem o direito de perquirir a improcedência da ação (perseguir uma decisão de mérito que faça coisa julgada material) e, desta monta, evitar futuras ações com o mesmo pedido.

Com a leitura deste capítulo fica simples de avaliar que apesar de o legislador ter ampliado e muito a possibilidade de se efetuar um negócio jurídico processual em se tratando de jurisdição estatal, a distância entre as possibilidades elencadas acima, comparativamente com as possibilidades da arbitragem, fica fácil de perceber que ainda existe um enorme hiato entre um instituto e o outro. Desta maneira tal instituto pode evoluir de maneira abissal, até chegar perto do que podem os litigantes (ou contratantes), atualmente, transigirem em uma arbitragem³⁰.

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87/89.

²⁹ JUNIOR, Nelson Nery, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 200. “**Negócios jurídicos processuais**. Na seara do direito processual civil, por certo, a possibilidade de os efeitos jurídicos dos atos praticados pelas partes serem ditados pela vontade dos autores da declaração de vontade é bem menor, obviamente, do que no direito privado, onde as relações jurídicas têm objeto jurídico, em regra, disponível. Contudo, no processo, existe a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais. É o caso de a parte desistir da ação (CPC 485 VIII); revogar o mandato conferido ao seu advogado (CPC 111); transacionar em juízo (CPC 487 III b). os dois primeiros casos são identificados como de negócio jurídico processual unilateral. O último como de negócio jurídico processual bilateral, ou contrato processual.”

³⁰ CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). v. I. **Negócios Processuais**. 1. ed., Salvador: JusPodivm, 2015, p. 22/23. “O princípio do respeito ao autoregramento da vontade do processo visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas. De modo mais simples, esse princípio visa

Por fim, vale dizer que as partes, ao elaborarem o contrato, não necessitam de advogados para redigirem qualquer cláusula relativa aos negócios jurídicos processuais; tal manobra não se mostra inválida, lembrando apenas que é aconselhável se socorrer de advogados em se tratando de negócio jurídico pós-processual³¹, uma vez que não se recomenda que uma cláusula como esta, seja redigida sem a presença de um profissional qualificado, tendo em vista a tecnicidade e expertise necessárias para tanto e, nunca, deixar de lembrar que tal cláusula poderá ser nula se mal redigida ou imbuída de vícios, o que prejudicaria a intenção dos contratantes.

Mais uma vez, diante de um caso de força maior como o que estamos vivendo, tal cláusula contratual pode acelerar, e muito, um processo judicial, mas, no que se refere a uma solução de conflito de forma harmônica e célere, o melhor está por vir.

4 A MEDIAÇÃO E SUA CLÁUSULA CONTRATUAL (E A CONCILIAÇÃO)

A mediação também pode ser prevista nos instrumentos contratuais como forma de solução alternativa de conflitos e não somente para direito disponíveis, mas para qualquer direito. Imperioso destacar que a Lei da mediação³², apesar de ser posterior ao código de processo civil atual, ela passou a vigorar antes, já que, o código de processo civil brasileiro teve uma *vacatio legis* de um ano e a Lei supradita de apenas cento e oitenta dias.

Uma das grandes apostas para desafogar o judiciário são os meios alternativos de solução de conflitos, e entre eles, se encontram a mediação e a conciliação. Importante, de

tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade. O direito de a parte, ora sozinha, ora com a outra, ora com a outra e com o órgão jurisdicional, disciplinar juridicamente as suas condutas processuais é garantido por um conjunto de normas, subprincípios ou regras, espalhadas ao longo de todo o Código de Processo Civil. a vontade das partes é relevante e merece respeito. Há um verdadeiro microsistema de proteção do exercício livre da vontade no processo.”.

³¹ MACHADO, Marcelo Pacheco. **Código de Processo Civil Anotado**. I. ed., São Paulo: AASP e OAB Paraná, 2015, p. 337. “Os negócios jurídicos processuais não exigem a assinatura de advogado para serem reconhecidos como válidos. Nesse ponto, a omissão da lei processual é relevante (não menciona capacidade postulatória, apenas capacidade das partes), inclusive no sentido de não contrariar entendimento absolutamente pacífico e vigente antes da entrada em vigor no CPC/2015, pelo qual negócios jurídicos como a convenção de arbitragem, a eleição de foro e a convenção sobre os ônus do processo não precisam ser firmados com a presença de advogado para que sejam considerados válidos (Cf. STJ, 4ª T., EDcl no AgRg no REsp nº 878.757-BA, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe de 1º/10/2015). A presença de advogado somente será requisito de validade para os negócios jurídicos pós-processuais, isto é, aqueles firmados no curso do processo, no qual a realização de atos postulatórios depende sempre da presença de advogado, ou do Ministério Público ou de outro indivíduo que na ocasião tenha condições de exercer a chamada capacidade postulatória (CPC, art. 76).”.

³² Ver Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm >. Acesso em: 28 set. 2016.

plano, destacar que essas soluções de pacificação de conflitos sociais devem, obrigatoriamente, ser feitas por profissionais qualificados e que tenham estudado as técnicas pertinentes para tanto (em se tratando de mediação e de conciliação extrajudicial, não há essa obrigatoriedade).

Para que estes mecanismos se tornem eficazes e para que as soluções de conflito funcionem, é imperiosa a mudança da mentalidade dos profissionais do direito e também da população em geral; a mudança na cultura deve vir tanto da base no ensino médio quanto em disciplinas próprias nas faculdades de direito, caso contrário, difícil será florescerem essas soluções alternativas de conflito no país³³.

Vale salientar que o mediador é uma pessoa que não tem poder sobre as partes, ele as ajuda a encontrarem os pontos fulcrais da controvérsia e com isso fazer com que as partes busquem harmonia no conflito; ele é um facilitador³⁴. O mediador faz com que as partes tenham ideias próprias para resolverem o conflito criando, dessa maneira, opções para que as partes cheguem a sua própria solução. Já o conciliador, incentiva e coordena as partes para que elas cheguem a um acordo. O conciliador manifesta sua opinião, o que o mediador não pode fazer, sobre a solução para o problema, além de propor os termos para um acordo, atitude esta que também não é uma característica de um mediador.

Com a explanação acima, se percebe que a mediação e a conciliação são institutos diferentes³⁵, com características diferentes e que servem para diferentes razões³⁶; apesar de apresentarem similitudes. Importante frisar que a Lei 13.140/2015 trata os dois institutos

³³ WATANABE, Kazuo. in Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), Revista do ADVOGADO, agosto de 2014, nº 123. p. 37/38.

³⁴ ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de Processo Civil**. 2. ed., tomo I. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 62. “A mediação representa o esforço por um terceiro devidamente habilitado e preparado para o ato de estimular as partes a terminar um litígio instaurado ou, mesmo, impedir o nascimento de uma demanda, em face de um conflito potencial, no qual a investigação da causa e dos seus desdobramentos é essencial. [...]”.

³⁵ JÚNIOR, Antonio Jorge, JABUR, Gilberto Haddad. (Org.). v. I. **Direito dos contratos II**. 1. ed., São Paulo: Quartéis Latim, 2008, p. 308. “Mas se a mediação não é tentativa de acordo, então o que é Mediação? É um processo pacífico de resolução de conflitos em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas em conflito. Seu objetivo, entre outros, é o de estimular o diálogo cooperativo entre elas para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas. Nele se busca propiciar momentos de criatividade para que as partes possam analisar qual seria a melhor opção face à relação existente, geradora das controvérsias.”.

³⁶ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2. ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 114. “Por outro lado, paulatinamente vem surgindo a mediação como um mecanismo formal, estruturado, fortalecido por técnicas e teorias, estudado por inúmeras ciências (como ocorre com a negociação). A mediação mantém-se, no entanto, como atividade não-jurídica, distante das regras processuais e das técnicas da conciliação.”.

como se fossem o mesmo, o que é um equívoco diante do que foi e será explanado abaixo (o *novo* código de processo civil não cometeu o mesmo erro).

A lei 13.140/2015, como dito, apesar de ser posterior ao código de processo civil atual, entrou em vigor antes e, além de ser uma Lei específica, ela, de certa forma, revoga os artigos do código de processo civil brasileiro que tratam do tema, e que vão, em algum momento, na direção contrária do texto do código de processo civil atual.

A mediação poderá ser feita de forma extrajudicial e em locais distintos do judiciário (cartórios extrajudiciais), por qualquer pessoa que tenha a confiança das partes. As partes poderão ser assistidas por advogados, mas caso apenas uma das partes compareça com advogado, a sessão será suspensa até que as duas partes estejam devidamente assistidas.

A mediação judicial será feita por pessoa com faculdade, com dois anos de formada, e com curso específico na área (a extrajudicial não). Estes profissionais serão cadastrados e ficarão à disposição dos tribunais e as partes que arcarão com sua remuneração.

Imperioso dizer que o termo final da mediação deve ser homologado pelo juiz e será um título executivo judicial (a conciliação segue a mesma lógica), já o termo firmado em uma mediação extrajudicial será um título executivo extrajudicial.

Um aspecto muito benéfico das mediações e das conciliações é o fato do sigilo, ou seja, tudo aquilo que foi tratado tanto na conciliação quanto na mediação não será divulgado para ninguém (salvo por acordo entre as partes: mais um negócio jurídico processual) e, para a realização dessas audiências e dessas sessões, o tribunal criará centros judiciários de solução de conflitos.

Importante salientar que todo e qualquer conflito social que vier a ser instaurado na jurisdição estatal terá, obrigatoriamente, que passar por uma audiência de conciliação antes mesmo de o réu contestar o feito. Essa audiência só não ocorrerá caso o autor fizer este pedido na inicial e se o réu concordar com ele (caso apenas uma das partes não quiser se conciliar a audiência será obrigatória). Na eventualidade de uma das partes não comparecer na audiência, sem justificativa, este ato será considerado como atentatório à dignidade da justiça, e a parte que não compareceu será multada (até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa); o valor obtido com a multa será revertido em favor da União ou do Estado.

Todavia, a experiência nos mostra que, infelizmente, o judiciário, mesmo existindo essa obrigatoriedade, passa por cima da Lei e, na maioria das vezes, não marca a audiência de

conciliação e cita o réu para contestar o feito (esse fato é tão notório que não há necessidade de se comprovar no presente trabalho).

Por fim, vale dizer que a mediação pode constar de um contrato como sendo um negócio jurídico processual, ou seja, as partes podem indicar quem será o mediador ou os mediadores (diferentemente da conciliação que só tem um conciliador, a mediação pode ter mais de um mediador) caso ocorra alguma desavença e, além disso, poderão também escolher o centro de mediação que entenderem conveniente (judicial ou extrajudicial). A conciliação também pode constar do instrumento contratual como sendo um mecanismo de solução de conflitos obrigatório, caso as partes se digladiem por qualquer motivo.

Não só estes institutos desafogam o judiciário, mas como são bonitos em sua essência, tendo em vista que fazem com que as partes custem menos para o Estado ao solucionarem suas controvérsias, além de se mostrarem, de certa forma, serem institutos nobres e com intenções pacificadoras ímpares. Assim sendo, estes institutos, em meio a uma pandemia, se mostram eficazes, céleres e de uma ajuda colossal para a sociedade em tempos de crises e dificuldades.

CONCLUSÃO

O Brasil em muitos segmentos caminha a vagarosos passos. O tema ora abordado apesar de ter evoluído muito com o *Novo* código de Processo Civil, ainda não mostrou para o que veio. A arbitragem e a mediação (e até mesmo a conciliação), em se tratando de negócios jurídicos processuais, estão muito mais maduras, evoluídas e avançadas do que o direito que as partes têm de transigirem acerca do procedimento diante da jurisdição estatal.

A vontade e a autonomia das partes no concernente aos negócios jurídicos processuais não têm o devido respeito que deveria ter. Quando se fala em direitos disponíveis as partes poderiam ter total liberdade para contratar da forma que bem entendessem. As amarras que o sistema impõe às partes ainda são gigantescas e isso só demonstra o atraso instaurado nesse tocante.

De toda sorte percebe-se a enorme importância de se contratar previamente, enquanto as partes ainda estão com a *affectio* no mais alto grau, a forma procedimental a ser adotada no momento de se discutir diante de problema ocorrido. Enquanto as partes estão imbuídas de a boa-fé e o negócio ainda não degradingou, o momento se mostra deveras

oportuno para que os contratantes elaborem uma cláusula, mais completa possível, no sentido de estipularem os limites e ditames de um futuro e não desejado litígio. Com a pandemia instaurada, um fato que ninguém poderia prever, se as partes assim contrataram, estão claras as benesses que elas terão na solução de seus conflitos que, além de indesejados, poderão restar mais complicados em caso de morte de uma das partes.

Hodiernamente os cidadãos podem se socorrer de diversos institutos para a solução de conflitos e, com isso, conseguirem a almejada pacificação de suas desavenças, com a conseguinte entrega do bem da vida a quem de direito. Elaborar um contrato que contenha cláusulas delimitando o negócio jurídico processual, pode fazer com que as partes contratantes se desgastem menos futuramente, além de fazer com que elas despendam menos recursos e tempo nas soluções de seus problemas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de Processo Civil**. 2. ed., tomo I. São Paulo: Malheiros, 2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria Geral: Ações e Fatos Jurídicos**. 3. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. 1. ed., Campinas: Servanda, 2008.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 28 set. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

BRASIL. **Lei 13.140 de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

BRASIL. **Lei 9.307 de 23 de Setembro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). v. I. **Negócios Processuais**. 1. ed., Salvador: JusPodivm, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais: Entre Publicismo e Privatismo**. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Livre-docente em Direito, São Paulo, 2015.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2. ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e o Processo**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

CORRÊA, Fábio Peixinho gomes. in Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), Revista do ADVOGADO, maio de 2015, nº 126.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17. ed., v. I. São Paulo: Saraiva, 2001.

GIUSTI, Gilberto. in Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), Revista do ADVOGADO, abril de 2013, nº 119.

GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**, São Paulo: Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad. (Org.). v. I. **Direito dos contratos II**. 1. ed., São Paulo: Quartéis Latim, 2008.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

JUNIOR, Luiz Antônio Scavone. **Manual de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

JUNIOR, Nelson Nery, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Código de Processo Civil Anotado**. 1. ed., São Paulo: AASP e OAB Paraná, 2015.

MAGALHÃES, José Carlos de. in Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), Revista do ADVOGADO, setembro de 2006, nº 87.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed., tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 42. ed., v. I. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogerio Licastro Torres de, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO; Maria Lúcia Lins. **Primeiros Comentários ao Novo código de Processo Civil**. 2. ed., São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson. **Obrigações e Contratos**. 1. ed., v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WATANABE, Kazuo. in Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), Revista do ADVOGADO, agosto de 2014, nº 123.