

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Francisco Cardozo Oliveira; José Querino Tavares Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-340-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

O livro que está sendo publicado resulta de coletânea dos trabalhos aprovados e apresentados em 25 de junho de 2021, no Grupo de Trabalho DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO, do III Evento Virtual do Conpedi, coordenado pelos Profs. Drs. Caio Augusto Souza Lara (DOM HELDER CÂMARA), Francisco Cardozo Oliveira (UNICURITIBA) e José Quirino Tavares Neto (UFG). Os textos integrantes do livro compreendem quatro eixos; o primeiro deles voltado para questões relacionadas a contratualidade, manifestação da vontade de tutela dos direitos de personalidade; o segundo, reúne textos que tratam de questões relacionadas a responsabilidade civil e fundamentos do direito privado; o terceiro, agrupa textos que tratam de direitos reais e proteção de vulneráveis; e, finalmente, o quarto eixo está voltado para o direito de família e da criança e do adolescente.

No primeiro eixo, merece destaque o caráter inovador da pesquisa relacionada a prestação de serviços de lutadores de MMA, em termos de proteção de lutadores em face da organização de eventos. É necessário destacar também que, neste eixo, os textos enfrentam questões relacionadas a teorias da justiça, limites da economia capitalista e formas de representação. No segundo eixo, o destaque fica com a questão relativa a inteligência artificial e seus reflexos no direito. Também se revela importante a reflexão em torno dos fundamentos do direito privado que devem dar conta dos paradoxos da atualidade, no sentido de tutelar interesse de pessoas que titularizam direitos e de pessoas que não tem acesso a direitos. As análises elaboradas conduzem a refletir sobre a funcionalização do direito civil na relação entre justiça corretiva e justiça social.

No terceiro eixo, emerge a questão da proteção da gestante em situação de rua, de modo a assegurar a dignidade da pessoa humana. Também ganha destaque a importância do registro público que, para além da titularidade proprietária, pode ampliar efeitos incorporando também o registro de direitos de proteção dos animais.

No quarto e último eixo o destaque fica por conta dos desdobramentos das várias formas de família, especificamente as questões relacionadas ao poliamor.

A leitura dos textos se justifica dado o potencial que o livro contempla de inúmeras possibilidades de ampliação de horizontes para pesquisadores, estudantes do direito e para todas e todas comprometidos (as) com o saber jurídico capaz de assegurar vida digna no mundo.

O DIREITO DOS CONTRATOS E AS CLÁUSULAS DE MEDIAÇÃO

CONTRACT LAW AND MEDIATION CLAUSES

Dyhelle Christina Campos Mendes ¹

Paulo Sergio Velten Pereira ²

Resumo

Os contratos possuem dimensão social e individual diante da Constituição de 1988. A autonomia privada e boa-fé objetiva encontram-se como princípios. Nesse viés, devem ser mantidos perante os dissensos, a fim de tutelar a confiança. A finalidade dos contratos é o adimplemento, logo, diante dos conflitos a cláusula de mediação proporciona meio consensual de contribuir com a autodeterminação, ao promover a manutenção dessa relação privada. Elencou-se a metodologia indutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica, concluindo-se que a cláusula de mediação está em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, o que corrobora o consensualismo e o protagonismo das partes.

Palavras-chave: Autonomia privada, Boa-fé objetiva, Contrato, Consensualismo, Cláusula de mediação

Abstract/Resumen/Résumé

Contracts have a social and individual dimension before the 1988 Brazilian Constitution. Private autonomy and good faith are principles. In this way, they must be kept in face of disagreements in order to protect trust. Contract purpose is due performance, then mediation clause provides a consensual way of contributing with self-determination, when it promotes the maintenance of private relationships before conflicts. It was chosen as inductive methodology and bibliographic research technique. Finally, the mediation clause is in line with Brazilian legal system, which corroborates the consensualism and protagonism of parties.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Private autonomy, Objective good faith, Contract, Consensualism, Mediation clause

¹ Advogada. Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDIR/UFMA). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Damásio.

² Mestre e doutor em direito pela PUC/SP. Professor adjunto da UFMA. Magistrado.

1 INTRODUÇÃO

As relações negociais foram modificadas ao longo da história. Assim, a depender do período discorrido, houve maior ou menor interferência estatal, o que influenciou na forma de estabelecimento dos contratos pleiteados.

Com isso, no ordenamento jurídico vigente, percebem-se mudanças significativas no direito civilista, quando há a interferência direta do direito constitucional, como forma de interpretação das normas civilistas, o que se verifica também no estabelecimento dos contratos. Desta forma, discute-se a visão do contrato tanto do ponto de vista individual quanto o social.

A partir disso, os negócios jurídicos como fontes de direito objetivo, possuem princípios e limites de observância, como a autonomia privada e boa-fé objetiva, ao permitir o estabelecimento de normas privadas que regem o contrato, e, por conseguinte, estas devem ser obedecidas, além de o acordo formalizado ser fruto da tutela da confiança das partes contratantes.

Por conta disso, caso ocorram impasses, falta de adimplemento, como forma de manter o protagonismo das partes envolvidas no negócio, há a cláusula de mediação, como preponderante, a fim de perquirir a manutenção da autonomia privada, boa-fé objetiva, o que estabelece o consensualismo, com base no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante do exposto, elenca-se a seguinte problemática a ser dirimida no presente trabalho: como a cláusula de mediação contribui para que haja a permanência das relações entre os contratantes, mantendo a autonomia privada, boa-fé objetiva e a promoção do consensualismo? Para isso, justifica-se a pertinência da temática, por conta da notoriedade no aumento de litígios impostos ao Judiciário, somada à busca por um sistema de justiça pautado na cooperação.

No caso dos contratos, cujas declarações de vontade, são estabelecidas dentro dos limites permitidos pelo Estado, as cláusulas de mediação proporcionam a busca por meios de solução de controvérsias, coadunando com o sistema cooperativo, dando-se mais uma oportunidade ao diálogo, autodeterminação das partes, para que possam conversar sobre a relação negocial.

Diante disso, elenca-se na pesquisa os seguintes princípios que se pretende responder: analisar a autonomia privada nos contratos contemporâneos; verificar o papel da boa-fé objetiva perante a tutela da confiança; observar como a cláusula de mediação poderá contribuir para o consensualismo, mantendo-se em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro. Como metodologia, adota-se o método indutivo, com o uso da técnica de pesquisa bibliográfica.

Através da cláusula de mediação, fica notório, portanto, que se trata de mais um meio de resolução de conflitos, também amparado por princípios como a autonomia das partes e boa-fé objetiva, o que se encontra em consonância com as reflexões sobre os negócios jurídicos.

2 A RELEVÂNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA DIANTE DOS CONTRATOS NA CONTEMPORANEIDADE

Diante da vivência em sociedade, as relações humanas não são estáticas. Assim, as normas positivadas, com o escopo de regulamentação da sociedade, acabam sendo modificadas diante dessa realidade cambiante, a fim de servir aos objetivos previamente pretendidos e aceitos por todos: a manutenção da pacificação social.

Dito disso, percebem-se mudanças significativas no ordenamento jurídico brasileiro, através da positivação da Constituição Federal de 1988, com a instituição do princípio norteador de Estado Democrático de Direito, o qual é um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, que deverão ser levados em consideração, para a positivação de outras normas e na sua concretude, em todas as relações, sejam elas públicas ou privadas. (BRASIL, 1988).

Assim, chega-se à questão dos contratos, como fonte do direito obrigacional, cuja temática sofreu alterações significativas ao longo da história, que, a depender do período, houve interferências estatais maiores ou menores, o que influenciou nos princípios como a autonomia da vontade, autonomia privada e liberdade contratual.

Sobre essa perspectiva, Pereira (2018, p. 67) dispõe que o “Contrato é o elemento histórico-cultural que exprime valores, expressa o mundo do dever ser (Sollen), conectado ao poder da vontade humana de estabelecer vínculos reguladores do pactuado com outrem”.

Assim, torna-se relevante dispor sobre a evolução da percepção contratual com o propósito de se observar os motivos em torno da mudança do princípio da autonomia da vontade privada, como fruto da mudança para o Estado Social, bem como a despatrimonialização do direito civil, havendo a influência direta da Constituição Federal de 1988, o que restringiu a teoria da voluntariedade ao se passar para a teoria da confiança.

Nessa perspectiva, Finger (2000) dispõe sobre essa concepção histórica, com as devidas influências dos acontecimentos, associando aos direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, como forma de corroborar com a compreensão do ordenamento jurídico visto de forma unitária.

Nesse íterim, eventos como a Revolução Francesa, o Estado liberal clássico, a busca pelos interesses econômicos burgueses, o direito à liberdade (por conta dos períodos pretéritos

em voga) reforçaram a busca pela não interferência estatal, ao serem associados aos direitos de primeira dimensão (FINGER, 2000), o que fez com que o voluntarismo, isto é, que nas relações estabelecidas entre as partes, houvesse uma discricionariedade maior, sem o poder regulatório estatal maciço, o que se observou discrepâncias de poderes entre os envolvidos nessas relações.

Partindo-se dessa concepção, é possível observar ainda, com a Revolução Industrial, novas perspectivas, através da busca pela interferência estatal a fim de angariar direitos sociais, como os dos trabalhadores, cuja percepção de autonomia da vontade entre os indivíduos envolvidos, não era do ponto de vista de igualdade material, fato que culminou no surgimento do Estado Social, na busca por prestações positivas estatais e no surgimento dos direitos de segunda dimensão. (FINGER, 2000).

Com isso, chegando-se aos ditos direitos de terceira dimensão, menciona-se que correspondem àqueles direitos cuja observância perpassa a esfera individual e a visão dos grupos sociais, como a solidariedade e fraternidade.

Portanto, nesse contexto, do Estado Social de Direito passou-se ao Estado Democrático de Direito, sendo “[...] comprometido constitucionalmente com a realização efetiva de direitos fundamentais [...] aos quais se passou a reconhecer eficácia vertical e horizontal” (FINGER, 2000, p. 92).

Outrossim, resta claro que os contratos possuem tanto a dimensão individual, quanto a social, cabendo ao ordenamento jurídico proporcionar que o Estado permita que essas relações negociais possam ocorrer através da positivação de dispositivos e princípios os quais possam ser observados previamente, sob o amparo da liberdade contratual e da autonomia das partes. Faz-se uma ressalva aos ditames legais que proíbem a validade de relações negociais violadoras das normas de ordem pública, como aquelas que não estejam em consonância com a dignidade da pessoa humana.

A partir disso, houve mudança no cenário brasileiro: os negócios jurídicos, como fontes de direito objetivo¹, válidos já não mais admitiriam relações particulares através desses contratos, que colocassem em xeque os interesses sociais, por haver uma limitação no estabelecimento desses contratos, e, portanto, já limitada pela vontade, devido aos motivos esposados.

Relevante dispor que, no que tange à transitoriedade entre a autonomia da vontade para a privada, em que a primeira levava em consideração a vontade interna, o subjetivismo, não havia a observância dos limites a essa vontade por conta da ordem pública, sendo fruto do

¹A respeito do negócio jurídico como fonte de direito objetivo, levar-se-á em consideração as concepções trazidas pelo autor Luigi Ferri, na obra “La Autonomía Privada”, de 1996.

Código Civil de 1916; já a autonomia privada, consiste na declaração de vontade entre as partes envolvidas, em que através da *potestade* estatal, foram permitidas que fossem estabelecidas as normas privadas que servirão de fonte de direito desse contrato, isto é, interpretação sobre o acordado entre as partes, o que incide na permanência da liberdade contratual, dentro dos limites legais.

Sobre o assunto, Nanni (2001, p. 172) ao dispor sobre o Projeto de Código Civil de 2002 (atualmente vigente), asseverou acerca das distinções entre a autonomia da vontade e privada, conforme se verifica, a seguir:

Não se fala mais na vontade ilimitada do indivíduo para firmar um negócio, mas na relação da vontade privada que encontra espaço ou autonomia no ordenamento jurídico com a vontade de outrem para firmar-se uma relação jurídica obrigacional. Não prevalece mais a vontade interna do sujeito, mas a vontade observada externa e objetivamente, diante do ordenamento jurídico, em consonância à autonomia privada.

Isto é, através da autonomia privada, é perceptível que os envolvidos naquela obrigação poderão exercer sua vontade baseada na confiança, em que se gerará a responsabilidade no seguimento do objeto do negócio, conforme nasceu, demonstrando que, apesar da mudança da autonomia da vontade para a privada, pelos motivos já dispostos, se o contrato nasce para o ordenamento jurídico brasileiro, observando todos os parâmetros de validade, deverá ser seguido, garantindo a segurança jurídica, respeito ao espaço das relações privadas e a sociabilidade necessária.

Caso ocorra qualquer impasse durante a execução do negócio jurídico, este ainda se rege por deveres como os da lealdade e cooperação, e, portanto, como se verá no capítulo seguinte, deve-se realizar a tentativa da manutenção das relações privadas como previamente articulado em documento.

Nesse ponto, dispõe-se sobre a autonomia privada, com o estabelecimento das normas regentes daquele negócio como fruto do protagonismo das partes, que, poderão externalizar a sua vontade, em concordância e fruto da confiança.

Efetivamente, a autonomia privada é circundada de limites não apenas ideológicos, mas reais e jurídicos, impostos para garantir que as relações jurídicas sejam revestidas daqueles aspectos já citados que decorrem da constitucionalização do direito civil, tais como a liberdade, a justiça social, a igualdade e a solidariedade.

Assim, através da autonomia privada, estar-se-á primando pela instituição das regras daquele negócio jurídico, cujo protagonismo entre os contratantes, deverá ser levado em consideração diante de eventuais conflitos. Posteriormente, deve-se buscar a instituição dos meios consensuais no próprio contrato para dirimi-los, através das cláusulas de mediação.

Em relação à autonomia privada e liberdade contratual, a última trata apenas de uma das formas de manifestação da autonomia privada, não limitada à liberdade contratual, em que,

mais uma vez, o legislador ordinário proporcionou, dentro dos parâmetros já narrados, o protagonismo das partes no estabelecimento de suas normas internas, válidas como fontes de direito. O artigo 421, do Código Civil vigente, dispõe que “[...] a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. (BRASIL, 2015).

Nesse ínterim, estabelece-se a distinção entre a liberdade contratual e de contratar, em que esta última apenas informa a permissividade entre as partes para se reunirem para instituição de negócio jurídico, enquanto a liberdade contratual é concernente ao conteúdo a ser posto, conforme supracitado, deverá estar adstrito aos parâmetros permitidos pelo Estado, o que também é um limite à autonomia privada.

Portanto, diante do exposto, depreende-se que a autonomia privada é relevante aos negócios jurídicos, os quais perante o Estado Democrático de Direito possuem dimensão tanto individual como social, e nesta última, acrescenta-se que o uso de meios consensuais para a resolução de eventuais dissensos, já positivados nos contratos, torna-se preponderante para o exercício da cidadania, para a busca pela pacificação social, e, por conseguinte, o respeito aos direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, amplamente amparados na Constituição de 1988.

3 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO REFLEXO DA TEORIA DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS

A respeito da boa-fé, é notório em diversos dispositivos do Código Civil de 2002, a menção sobre sua observância quando do estabelecimento do contrato, vinculando-a a todas as etapas negócio jurídico, artigo 422, isto é, desde as tratativas, bem como após sua finalização, e disso se depreende a sua pertinência não só na dimensão individual, fruto de acordo entre as partes, mas também a social, para a manutenção da previsibilidade e segurança jurídica. (BRASIL, 2002).

O artigo 103 do CC/02, por exemplo, dispõe que “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, cuja interpretação também deverá prever a boa-fé, segundo o artigo 103, § 1º, III, do CC/02, também servindo como limite à autonomia privada, sendo ilícito o exercício do último que ultrapasse “seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, conforme artigo 187, CC/02. (BRASIL, 2002).

Portanto, infere-se que a pertinência dada à boa-fé perante o ordenamento jurídico brasileiro, cujas relações interpessoais, independente da seara elencada, deve ser regida por ela, fruto da confiança que permitiu a junção entre os indivíduos para determinado escopo.

Com isso, quanto aos contratos, é relevante dispor que a boa-fé objetiva é primada, seja como princípio de observância e interpretação, assim como a regra comportamental perante o negócio, ou mesmo, com limites à autonomia privada, em que se geram através dela, deveres aos contratantes, como os de lealdade, cooperação, honestidade e probidade.

Sobre as distintas vertentes que a boa-fé pode desempenhar, Martins-Costa (1990, p. 417-418 apud NANNI, 2001, p. 192) dispõe que “[...] são tradicionalmente imputadas à boa-fé objetiva três distintas funções, quais sejam a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de forma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.”

Diante disso, resta necessária a distinção entre a boa-fé objetiva e subjetiva, cuja última está “[...] ligada ao estado psicológico do agente, e a boa-fé objetiva a uma regra de comportamento” (NANNI, 2001, p. 190). Assim, é a boa-fé objetiva primada pelas relações contratuais, gerando regramentos de comportamento entre as partes envolvidas, que geram deveres acessórios como de lealdade, limitando a autonomia privada, que interessa ao presente trabalho.

Com isso, destaca-se ainda a relação dessa boa-fé objetiva como fruto da confiança, em que para a manutenção e continuação do negócio jurídico, tanto a feitura como a sua concretude deverão ser regidas pela confiança de que as partes irão cumprir suas funções designadas, somadas, assim, ao adimplemento, o que é relevante para os indivíduos, como a sociedade, fato gerador de questões como a segurança jurídica, o que é relevante para o mercado.

Diante disso, Pereira (2018, p. 69), dispõe sobre a pertinência e relação entre a teoria da confiança perante as relações contratuais no Estado Constitucional brasileiro, senão vejamos:

A confiança sempre foi e sempre será elemento imprescindível na vida social. Ela é um dos aspectos da segurança jurídica e, por isso, igualmente importante no Estado constitucional. As relações entre pessoas pressupõem um mínimo de confiança para poderem se estabelecer e desenvolver. Assim, para que o sistema social possa funcionar de modo aceitável é indispensável que a confiança seja protegida pelo Estado. No âmbito das relações contratuais, a tutela eficaz da confiança é de suma importância para inspirar segurança ao tráfego jurídico, animar as pessoas a contratar e a realizar suas expectativas. Sem a confiança de que os contratos serão adimplidos, voluntária ou coercitivamente, jamais haverá ambiente social propício ao desenvolvimento dos mercados.

Destarte, a teoria da confiança se torna pertinente diante do estabelecimento das normas privadas que deverão reger o negócio jurídico, ao corroborar a compreensão de que o contrato, com o fundamento na circulação de bens e serviços, deve assentir com a aparência e a confiança necessárias para que possa ser respeitado e cumprido.

Pereira (2018, p. 29) dispõe sobre a temática, nesse sentido, que “Sem confiança não há ajuste. Sem ajuste, a riqueza não circula. E sem movimentação da riqueza, o mercado soçobra”, logo, infere-se que a circulação de bens e serviços, através dos contratos, preserva a autonomia privada, como forma de que as partes angariam e respeitam as normas instituídas, somada à boa visão do Brasil no cenário nacional e internacional para investimentos.

Portanto, a boa-fé somada à tutela da confiança reforça a ideia de o contrato ser fonte de direito objetivo e sirva para que possa dirimir eventuais dissensos, o que pode ser feito, por exemplo, através da manutenção das relações interpessoais, através do estabelecimento da norma de cláusula de mediação.

A Lei n. 13.140/2015, a Lei de mediação, prevê como princípios em torno dela, a autonomia da vontade das partes e a boa-fé (artigo 1º, V e VIII, respectivamente, da norma comentada), o que consolida as ideias já expostas, tendo em vista que se torna de suma relevância para o Estado Democrático de Direito, a busca pelas relações consensuais, inclusive, na órbita privada, o que preserva a autonomia dos particulares em dirimir os próprios dissensos, sendo protagonistas dos seus conflitos, pois a mediação poderá contribuir de forma favorável. (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, quanto à cláusula da busca pelo meio alternativo de solução, “A Lei de Mediação releva comprometimento com a boa-fé objetiva ao obrigar as partes que a contemplaram no contrato a comparecer à primeira reunião consensual – embora reconheça não ser obrigatório que elas permaneçam no procedimento” (TARTUCE, 2018, p. 337). Isso, mais uma vez, indica que há o respeito e a promoção da autonomia privada, cujas partes apenas estabeleceram ou modificaram aquilo que vier dentro do âmbito da confiança e escolha deles, respeitando a *potestade* estatal.

Assim, “o princípio da boa-fé é de suma relevância na mediação: participar com lealdade e real disposição de conversar são condutas essenciais para que a via consensual possa se desenvolver de forma eficiente” (TARTUCE, 2018, p. 223).

Relevante para a compreensão da temática quanto à declaração de vontade entre os envolvidos, dentro dos limites que a *potestade* estatal instituiu, traz-se à tona o *venire contra factum proprium*, como limite à autonomia privada, em que não se admite comportamentos contraditórios, tendo em vista que se estará burlando a confiança instituída diante da relação privada. Assim, Cordeiro (2007, p. 769-770) pontua que:

A proibição do *venire contra factum proprium* representa um modo de exprimir a reprovação por exercícios inadmissíveis de direitos e posições jurídicas. Perante comportamentos contraditórios, a ordem jurídica não visa a manutenção do status gerado pela primeira actuação [sic], que o Direito não reconheceu, mas antes a proteção da pessoa que teve por boa, com justificação, a actuação [sic] em causa. O

factum proprium impõe não como expressão de regra pacta sunt servanda, mas por exprimir, na sua continuidade, um factor [sic] acautelado pela concretização da boa fé. As grandes linhas de proibição do venire contra factum proprium correspondem ao cenário acima bosquejado, a propósito da concretização da doutrina da confiança.

Por conseguinte, o ordenamento jurídico não prevê que determinados artifícios como os elencados acima sejam primados, utilizando-se uma das partes da má-fé para a obtenção de vantagens, pois há normas como as já expostas, que deverão reger em todas as etapas a verificação da probidade e boa-fé, ao manter assim a confiança, o liame entre os contratantes e que ambas as partes contribuirão para o andamento coeso das relações contratuais, ou seja, é o adimplemento do negócio jurídico.

Em relação à preservação dos contratos e sobre o protagonismo das partes envolvidas, a confiança, Pereira (2018, p. 77) menciona que:

Relacionando o princípio da confiança com a ideia de responsabilidade pessoal decorrente da necessidade de segurança no tráfego jurídico, Roberto Senise Lisboa, sustenta que a função da confiança é proteger toda a expectativa negocial, conferindo dinamismo ao fluxo da atividade econômica, estimulando o credor e fomentando o chamado “valor de cumprimento”.

Assim, a confiança é notória nessas relações contratuais, o que contribui para que exista a satisfação negocial, e, diante de qualquer irregularidade, ou mesmo, divergência posterior, seja dada uma nova oportunidade para o diálogo, com base na autonomia privada, boa-fé, confiança, somada à liberdade contratual no seu próprio procedimento de elaboração, anteriormente ao ingresso ao Judiciário, cujo contrato, enfatiza-se é fonte de direito, e tal premissa deve ser posta em prática.

Mesmo na atualidade, diante dos contratos como o de adesão, fruto da massificação social, em que há uma liberdade contratual vigente limitada, é possível ainda vislumbrar a existência da liberdade de contratar, o que corrobora para que não devam ser todos os quesitos a dissolver o acordado, mesmo com a restrição na formulação das normas privadas, novamente, devendo-se pontuar a confiança e a boa-fé.

A boa-fé, a confiança e a autonomia privada, portanto, são relevantes para a instituição dos contratos, cujas partes deverão utilizar disso, para dirimir os dissensos existentes na busca pela manutenção da relação negocial, em que “A liberdade que as pessoas possuem de consertar seus próprios interesses não é tributária do Estado, não é por ele concedida nem por ele pode ser suprimida” (PEREIRA, 2018, p. 131).

Assim, chega-se à questão da mediação como medida mais eficaz para a resolução de conflitos nas relações negociais, anteriormente a interferência estatal, pois ela leva em consideração os escopos preteridos pelos contratos.

4 A CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO COMO MECANISMO E PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA DAS PARTES, A BOA-FÉ OBJETIVA EM PROL DO CONSENSUALISMO

Diante das relações contratuais, é notório que as normas privadas estabelecidas entre as partes deverão permanecer como fonte de direito, desde que se respeite a autonomia privada e a boa-fé objetiva, a fim de que tenha validade no ordenamento jurídico.

Assim, perante os regramentos impostos, a interpretação, ou eventuais dissensos, deve-se também partir do mesmo pressuposto, para que se possa permitir o protagonismo das partes, como medida precípua anterior ao ingresso ao Poder Judiciário, o que contribui com a busca pelo consensualismo, previsto no ordenamento jurídico vigente.

Como forma de exemplificação na órbita nacional, o Código de Processo Civil vigente, a Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação) e a própria Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que tratam sobre a Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, vêm com base nesse escopo de sistema cooperativo no ordenamento jurídico brasileiro, o que está em consonância com a Constituição de 1988, ao corroborar, simultaneamente, com a pacificação social.

Assim, visando o ordenamento jurídico brasileiro de forma unitária, consoante a influência do Direito Constitucional na órbita civilista, justifica-se a busca por meios consensuais de solução de conflitos, como forma de angariar pela unicidade no sistema de Direito. Soma-se isso à relevância que a questão exige, para que direitos como o acesso à justiça possam perpassar pelo sistema multiportas, ao contribuir com o protagonismo das partes nos próprios conflitos.

Inclusive, tal perspectiva, favorece na redução das demandas submetidas ao Judiciário, pois a demora em se prolatar a sentença, por exemplo, é o antônimo da efetividade no acesso à justiça. Dessa forma, os contratos que primam pela autonomia privada poderão contribuir de forma satisfativa, através do estabelecimento da cláusula de mediação.

A mediação é um meio alternativo de solução de conflitos, em que as partes envolvidas poderão dirimir o dissenso através do diálogo promovido por terceiro imparcial, o mediador, o qual apenas direciona as tratativas, sem a intervenção direta, no estabelecimento de acordos. Por conta disso, o enfoque primordial visa a manutenção das relações interpessoais, cujo acordo não consiste em parâmetro para fins de aferir a efetividade ou não da mediação.

Nesse sentido, Tartuce (2018, p. 336) dispõe sobre a relevância na utilização da mediação como forma de dirimir os dissensos no âmbito contratual, senão vejamos:

Na área contratual (especialmente relativa ao comércio geral), constata-se a forte tendência ao afastamento, no máximo grau possível, da atuação do Estado na relação privada. Como os contratos constituem frequente causa de litígio e os negociantes necessitam de soluções céleres para seus impasses, é importante contar com as vias pacíficas para abordá-los.

Portanto, primar pela autonomia privada disposta nas relações contratuais vigentes, frutos de relações interpessoais, através da mediação, como medida instituída em contrato, de forma precípua ao ingresso ao Judiciário, significa reconhecer o sistema multiportas de acesso à justiça, com destaque à efetividade, além da preservação de direitos fundamentais, como a celeridade.

O Relatório Justiça em Números (CNJ, 2020, p. 93, grifo do autor) informa sobre o aumento de demandas no ano-base de 2019, em torno de 3,3% em relação ao ano de 2018, o que dificulta a efetividade no acesso à justiça:

Durante o ano de 2019, em todo o Poder Judiciário, ingressaram **30,2 milhões** de processos e foram baixados 35,4 milhões. Houve crescimento dos casos novos em 6,8%, com aumento dos casos solucionados em 11,6%. Tanto a demanda pelos serviços de justiça como o volume de processos baixados atingiram, no último ano, o maior valor da série histórica. Se forem consideradas apenas as ações judiciais efetivamente ajuizadas pela primeira vez em 2019, sem computar os casos em grau de recurso e as execuções judiciais (que decorrem do término da fase de conhecimento ou do resultado do recurso), tem-se que ingressaram **20,2 milhões ações originárias em 2019**, 3,3% a mais que no ano anterior.

Inobstante a isso, o Relatório Justiça em Números ainda dispõe que, dentre as demandas mais recorrentes, quanto ao assunto, encontra-se o direito civil, no âmbito das obrigações, dos contratos, ocupando o segundo lugar. No que tange à competência decisória, com o maior quantitativo de litígios, na Justiça Estadual de 1º grau, têm-se 4,31% das demandas submetidas, sendo que no segundo grau, no âmbito da justiça estadual, o direito civil, em específico, relacionado aos contratos, encontram-se em primeiro lugar nas demandas, com a porcentagem de 4,64%. (CNJ, 2020).

Portanto, buscar medida alternativa, com base nesse escopo, somada à manutenção das relações interpessoais, do exposto no contrato, ou diante de eventual modificação, respeitando os dispositivos normativos, deve-se primar pelo diálogo, cuja “[...] liberdade que as pessoas possuem de consertar seus próprios interesses não é tributária do Estado, não é por ele concedida nem por ele pode ser suprimida” (PEREIRA, 2018, p. 131), fato que a cláusula de mediação contribui de forma satisfatória.

A cláusula de mediação é permitida, conforme disposto no artigo 2º, I a VII, §1º, da Lei 13.140/2015, cuja mediação deverá levar em conta os princípios da imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes,

busca do consenso, confidencialidade e boa-fé, percebe-se, pois, a semelhança com os princípios em torno dos contratos, como a boa-fé e autonomia das partes na resolução dos dissensos. (BRASIL, 2015).

Em relação ao assunto, “A principal vantagem da mediação diz respeito à postura protagonista das partes sobre o desfecho da controvérsia. Tal fator é muito relevante na seara contratual, espaço em que a **autonomia privada ocupa predominância evidente**” (TARTUCE, 2018, p. 339, grifo nosso).

Desta forma, o Código de Processo Civil, artigo 3º, §3º, ainda dispõe que se deve incentivar a mediação como meio de solução de conflitos, por parte dos atores processuais, como os juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público e não restringe o incentivo a determinado período, o que pode ser feito no curso processual. Infere-se aí o reforço no ordenamento jurídico para o sistema de justiça pautado no consensualismo. (BRASIL, 2015).

Diante da instituição da cláusula de mediação nos contratos, caso as partes negociantes tenham se comprometido pelo não início de procedimentos arbitral ou processo judicial, por período elencado no teor do documento, deverá ser respeitado esse prazo, antes da tentativa tanto pela arbitragem como pela mediação, artigo 23, da Lei 13.140 (BRASIL, 2015), com respeito às normas privadas estabelecidas entre as partes.

Outros dispositivos informados pela Lei de Mediação, quanto ao estabelecimento da cláusula nos contratos, consiste no artigo 22 da norma comentada (BRASIL, 2015), incisos I a IV, na verificação de:

I - prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite; II - local da primeira reunião de mediação; III - critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação; IV - penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.

Portanto, a cláusula de mediação está em consonância com a concepção de contrato vigente, porque a ideia de antagonismo não deve prevalecer, visto que a junção dos indivíduos no estabelecimento das normas privadas, do negócio jurídico, há interesses comuns. Assim, Nanni (2008, p. 208 apud PEREIRA, 2018, p. 208) traz o seguinte sobre o que é o contrato:

É um meio de colaboração entre as partes, de tal maneira que credor e devedor não devem ser considerados partes antagônicas, mas sim como partícipes imbuídos de obter um fim comum, que é o regular cumprimento da avença sumida.

Com isso, dando continuidade aos escopos do contrato, em volta da confiança e colaboração, as cláusulas de mediação estariam em consonância, com a busca pelo diálogo, ao se inaugurar a tentativa de dirimir o dissenso, por exemplo, diante de eventual renegociação,

permanecendo assim a autonomia privada e boa-fé objetiva, para não haver uma busca ao Judiciário de forma precípua.

Nessa linha, Pereira (2018) pontua diante da intervenção judicial, que deve ser a *última ratio* na questão decisória dos contratos, deve-se sempre primar por formas de sua manutenção, deixar a questão da sua dissolução ou mesmo indenização como últimas possibilidades. A segurança jurídica, a boa-fé, a autonomia privada e a confiabilidade, expõe o autor, são relevantes para a manutenção da ordem social e os contratos são fontes de direito a serem observados para a permanência das relações negociais.

Tartuce (2018, p. 339-340), nessa esteira, pontua que:

[...] nos conflitos contratuais, um julgador pode acabar decidindo com base em sua interpretação da linguagem e das intenções quando da celebração do contrato; todavia, estas podem ser muito diferentes daquelas existentes no momento do surgimento do problema... caso as partes envolvidas possam negociar sozinhas uma solução, a chance de obter um resultado melhor será maior.

Isto é, diante dos conflitos contratuais, é relevante a oportunidade para que a vontade negocial prevaleça, cujas partes envolvidas poderão assentir, inclusive, na busca por alternativas diante do dissenso, cuja capacidade e autodeterminação para essa tarefa, pretende-se angariar, a fim de primar os princípios já intrínsecos aos contratos.

Infere-se que se os contratantes puderam, à época das tratativas iniciais, estabelecer o objeto do negócio, através da confiança, que gera deveres de cooperação, lealdade, autonomia privada e boa-fé objetiva, requer-se que tal ato seja realizado diante de qualquer impasse, anteriormente ao ingresso judiciário.

Sobre essa temática, merece ainda destaque a distinção entre a mediação e arbitragem, cuja cláusula em relação à última possui notoriedade maior, diante do seu estabelecimento contratual.

Entretanto, diante da cláusula de mediação, verifica-se o desejo na preservação das relações futuras, com a busca pelo controle do processo por parte dos envolvidos, além da necessidade de evitar decisões que induzam à concepção de perdas e ganhos de forma total, dando ênfase no futuro. Já a arbitragem, possui um número grande de disputas, pois há a obrigatoriedade na participação, com vantagens em torno da rapidez e privacidade, somada ao encerramento da questão pleiteada, havendo necessidade de decisão sobre acontecimentos passados (TARTUCE, 2018).

Ambos os institutos possuem suas distinções, como notório, porém, são válidos perante o ordenamento jurídico, para a compreensão da justiça através do sistema multiportas, o que corrobora com a efetividade na temática.

A cláusula de mediação, por fim, se torna pertinente perante a busca pelo consenso, pela boa-fé objetiva, e autonomia privada dos contratantes, sendo mais um meio de tentativa de resolução do dissenso, ao primar pela segurança jurídica, e busca pelo diálogo, angariando assim o protagonismo das partes, as quais, estabeleceram o negócio jurídico, e, portanto, devem tentar dirimir o dissenso através da cooperação, cujo contrato, dessa forma, é mais fácil de ser adimplido.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, resta claro que a visão dos contratos se alterou diante o decurso temporal, cujo direito civil sofreu influência com a Constituição Federal de 1988, levando-se em consideração o ordenamento jurídico de forma unitária. Assim, princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, a busca por soluções consensuais, pacificação social tornaram-se preponderantes nas relações privadas.

A partir disso, foi visto que o contrato possui uma dimensão social e privada, cujo cumprimento dos negócios jurídicos é relevante para a própria confiança, segurança e imagem positiva do país no âmbito da circulação de bens e serviços, logo, buscar meios que sejam capazes de sanar os dissensos que possam existir dessa relação, de forma efetiva e célere, é crucial.

Os contratos, fruto da declaração de vontade entre os contratantes sob à égide da *potestade* estatal, permite o estabelecimento de normas privadas que deverão ser cumpridas, com base em princípios e limites previstos como a autonomia privada e boa-fé objetiva, cuja confiança está intrínseca perante a junção dos negociantes, a fim de estabelecerem a presente relação. E, quanto à autonomia privada, no código civil vigente, deixa-se de elencar o subjetivismo, a vontade interna, quanto à autonomia da vontade.

Portanto, diante de qualquer impasse, o desrespeito ao estabelecido no contrato, que fira o curso normal deste que consiste no adimplemento, prima-se pelos princípios que instituíram o contrato, deve-se dar a mesma oportunidade de protagonismo das partes envolvidas, sendo a mediação um meio eficaz, com o fito de buscar a autodeterminação dos contratantes, e promover a manutenção da autonomia privada e boa-fé objetiva.

A mediação, como notório, trata-se de um meio consensual de dirimir os conflitos, cuja cláusula informa sua tentativa, anteriormente ao Judiciário, o que contribui e está em consonância com o ordenamento jurídico vigente, o qual, prima pela cooperação, redução no número de demandas impostas ao Judiciário e assegura as relações interpessoais, isso, pois,

corroborar com a confiança que instituiu o contrato *a priori*, além da compreensão de efetividade de acesso à justiça pelo sistema multiportas.

Logo, a cláusula de mediação, é uma nova chance dada às partes envolvidas para manterem sua autonomia e boa-fé, com a busca incessante pelo diálogo e consenso, cujos princípios também são previstos na Lei de Mediação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 1 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

CNJ. **Justiça em números 2020: ano-base 2019**. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2021.

CNJ. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 1 mar. 2021.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. Tratamento típico de exercícios inadmissíveis. In: _____. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: [s. n.], 2007.

FERRI, Luigi. La autonomia privada y el negocio jurídico. In: _____. **La Autonomia Privada**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

FINGER, Cesar Julio. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

NANI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção no direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (coord.). **Cadernos de Direito Civil**: caderno 2. Juruá: 2001, p. 155-223.

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. **Contratos**: tutela judicial e novos modelos decisórios. Curitiba: Juará, 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2018.