

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Juliana Kairalla Garcia Viotti

Cláusula de Mediação Privada como Negócio Jurídico:
Existência, Validade e Eficácia

Mestrado em Direito

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Juliana Kairalla Garcia Viotti

Cláusula de Mediação Privada como Negócio Jurídico:
Existência, Validade e Eficácia

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea Direito Civil Comparado, sob a orientação da Profa. Dra. Maria Helena Diniz.

São Paulo

2019

Juliana Kairalla Garcia Viotti

Cláusula de Mediação Privada como Negócio Jurídico:
Existência, Validade e Eficácia

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea Direito Civil Comparado, sob a orientação da Profa. Dra. Maria Helena Diniz.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a meu marido Fernando, que ao longo de todo o curso e, principalmente nessa fase final, me deu além de força, apoio para vencer essa etapa da vida acadêmica. Obrigada, meu amor, por tolerar as crises de estresse e minha ausência em diversos momentos.

Gostaria de agradecer aos meus pais, José Mauro (*in memoriam*), que sempre acreditou no meu potencial e nunca negou uma palavra de incentivo; e Cintia, pelo exemplo de mulher forte e dedicada à família, que nesses últimos meses ficou mais com os netos para que eu pudesse me debruçar na conclusão deste trabalho.

À minha irmã, Marina, minha gratidão pelo suporte, torcida e pelas palavras de consolo e incentivo nos momentos de maior tensão. Obrigada também ao meu cunhado Roberto, que ficou mais tempo com os sobrinhos nesse último semestre para que eu pudesse escrever.

Agradeço aos meus filhos Bianca e Gustavo que, mesmo pequenos, perceberam a importância de meus estudos e entenderam minha ausência.

Obrigada à minha sogra, Monica, que desde antes dos primeiros passos das crianças, me ajuda com a logística de Bianca e Gustavo, permitindo, assim, minha investida na vida acadêmica. Aos cunhados e cunhadas, Viotti e Lanaro, pela compreensão nos momentos de estresse e falta em eventos familiares.

Meu eterno agradecimento a todos os meus amigos que deram uma contribuição valiosa para a minha jornada acadêmica. Obrigada pelos conselhos e pelas palavras de estímulo em momentos difíceis.

Agradeço aos professores que acompanharam minha jornada acadêmica, em especial, ao Professor Giovanni Ettore Nanni, que muito contribuiu com a realização dessa pesquisa.

Sou grata à minha primeira orientadora, Professora Odete Novais Carneiro Queiroz, que por motivos de saúde não conseguiu acompanhar a conclusão deste trabalho. E sou ainda mais grata à minha atual orientadora, Professora Maria Helena Diniz, que me acolheu no fim dessa jornada com generosidade e me deu a honra de ser sua orientanda. Obrigada pela dedicação e pela confiança.

Minha gratidão também a Deus, que foi minha maior força nos momentos de angústia e desespero. Sem Ele, nada disso seria possível. Obrigada, Senhor, por colocar esperança, amor e fé no meu coração.

RESUMO

O advento da Lei 13.140/2015, Lei de Mediação, trouxe um novo paradigma para a mediação no Brasil. Ela deu à cláusula de mediação um novo enfoque, proporcionando maior segurança jurídica aos contratantes que concordem em submeter uma controvérsia oriunda de um contrato a um processo de mediação. A cláusula de mediação geralmente é estudada a partir dos efeitos advindos da existência de uma controvérsia, ou seja, quando se torna eficaz. Diante disso, a doutrina é extensa em relação ao processo de mediação, havendo escassez de literatura quanto à estrutura da cláusula de mediação. A cláusula de mediação caracteriza-se como um negócio jurídico de direito material, justificando a análise de sua estrutura a partir da teoria tricotômica, isto é, quanto a sua existência, validade e eficácia. O presente trabalho visa analisar a estrutura da cláusula de mediação, no âmbito das relações negociais empresariais. No plano da existência, serão analisados os fatos do mundo real, que possuam elementos que tornem a cláusula de mediação apta a penetrar no mundo jurídico. Já no plano da validade, serão estudados os requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico para que a cláusula de mediação possa ser considerada válida. No plano da eficácia, serão demonstrados os fatores de eficácia que permitem à cláusula de mediação produzir efeitos pretendidos pelas partes quando de sua celebração, ou seja, o afastamento da jurisdição estatal ou arbitral. Ainda no plano da eficácia serão apresentados os efeitos que uma cláusula existente, válida e eficaz produz no mundo jurídico.

Palavras-chaves: Mediação. Cláusula de mediação. Negócio jurídico.

ABSTRACT

The law nr. 13.140/2015, the Mediation Law, created a new paradigm to mediation in Brazil. The Mediation Law gave a new focus to the mediation clause, providing more legal certainty to the parties that agree to submit a contract dispute to a mediation process. The mediation clause is usually studied from the effects arisen of the existence of a dispute, that is, when the clause becomes effective. Thereby the literature is vast regarding the mediation process and there is a paucity of literature about the structure of mediation clause. The mediation clause is a legal transaction ruled by substantive law. This justifies its analysis in accordance with the trichotomous theory, that is, regarding its existence, validity and effectiveness. This thesis aims to analyze the structure of the mediation clause, in the context of business relations. In the plan of existence, the facts of the real world will be analyzed. Such facts shall have elements that make the mediation clause able to enter the legal world. In the plan of validity, the requirements established by the legal system will be presented so that the mediation clause can be considered valid. In the plan of effectiveness, it will be demonstrated the factors of effectiveness that allow the mediation clause to produce the effects intended by the parties upon its conclusion, that is, the withdrawal of state or arbitral jurisdiction. Least but not least, it will be presented the effects that an existing, valid and effective clause has on the legal world

Keywords: Mediation. Mediation Clause. Legal transaction

SUMÁRIO

1	NOTA DA AUTORA	08
2	MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO, NEGOCIAÇÃO E ARBITRAGEM: DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS	11
2.1	Legislação brasileira relativa à mediação	21
2.2	Princípios norteadores da mediação	24
2.2.1	Autonomia da vontade: teoria da vontade e teoria da declaração	29
2.2.2	A incidência do princípio da autonomia privada na mediação	35
3	A CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO COMO NEGÓCIO JURÍDICO	40
3.1	Conceito de negócio jurídico	40
3.2	Convenção de mediação privada	44
3.3	Cláusula de mediação	51
4	A CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO NOS PLANOS DO MUNDO JURÍDICO	57
5	A CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO NO PLANO DA EXISTÊNCIA	62
5.1	Elementos gerais da cláusula de mediação	62
5.2	Elementos categoriais da cláusula de mediação	79
5.3	Elementos particulares	81
5.4	Inexistência do negócio jurídico	83
6	A CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO NO PLANO DA VALIDADE	86
6.1	Requisitos de validade da declaração negocial	86
6.1.1	Requisitos de validade dos elementos gerais intrínsecos	103
6.1.2	Requisitos de validade dos elementos categoriais	119
6.1.2.1	Causa, negócios causais e negócios abstratos	120
6.1.3	Requisitos de validade dos elementos particulares: condição, termo e encargo e a cláusula penal	122
6.2	Invalidade do negócio jurídico	124
7	A CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO NO PLANO DA EFICÁCIA	128
7.1	Fatores de atribuição de eficácia	128
7.2	Ineficácia	131
7.3	Efeitos da cláusula de mediação	132
8	CONCLUSÕES	149
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	154

1 NOTA DA AUTORA

A crescente complexidade econômica e social, bem como a multiplicação dos negócios aumentou o grau de conflituosidade entre os indivíduos, que direcionam suas controvérsias ao juízo estatal. O Poder Judiciário, tradicionalmente, soluciona os conflitos que lhe são colocados a partir de argumentos jurídicos contrapostos pelas partes demandantes.

As sustentações são formuladas nos processos de maneira rígida, sendo impossível mudar posteriormente fatos e argumentos apresentados. Tal austeridade possibilita a determinação das matérias objeto de discussão na ação, entretanto, não permite o atendimento das efetivas pretensões das partes. Isso gera uma insatisfação dos usuários relativamente à qualidade da prestação jurisdicional do Estado.

Paralelamente a esse fenômeno ocorre uma mudança de paradigma da cultura da sentença para a cultura da pacificação social, com o fomento dos meios consensuais de composição de conflitos que passam a complementar a tutela jurisdicional estatal. O acesso à Justiça passa a ser o acesso a uma ordem jurídica justa com uma prestação efetiva, tempestiva e adequada.

A partir dessa visão, houve um crescimento na utilização dos meios privados de solução de conflitos. Com isso, negociação, mediação, conciliação e arbitragem começam a ocupar posição de destaque na condução da solução adequada para as disputas, inclusive na seara empresarial.

As partes, assim, escolhem os mecanismos que entendem melhor se adequar às suas necessidades na resolução das controvérsias no âmbito de seus negócios. A indicação pode ocorrer antes (cláusula de mediação/conciliação ou arbitragem) ou depois da deflagração do conflito (compromisso de mediação/conciliação ou arbitragem).

O presente trabalho propõe apresentar uma radiografia da cláusula de mediação observando a teoria tricotômica elaborada por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda e desenvolvida por alguns doutrinadores, dentre eles, Antônio Junqueira de Azevedo, cuja abordagem será aqui adotada.

Este estudo não tem a finalidade de debater as várias teorias do negócio jurídico nem a doutrina tricotômica em si, mas está focado nas situações de existência, validade e eficácia da cláusula de mediação.

Esta pesquisa não tem por objeto discutir a utilização da cláusula de mediação em contratos celebrados por adesão, contratos com a Administração Pública, ou, ainda, nas

relações de consumo. Delimita-se a pesquisa ao negócio jurídico de direito privado, em especial, às situações de relações negociais empresariais.

Apesar de a mediação ser praticada há muito tempo, sua regulamentação ainda é recente. A Lei de Mediação, Lei 13.140/2015, entrou em vigor em 26 de dezembro do mesmo ano e trouxe algumas inovações relevantes que impactam nos efeitos da cláusula de mediação.

No presente estudo, a cláusula de mediação será analisada em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Serão trazidos exemplos de doutrina e julgados estrangeiros para comparar experiências já vivenciadas por outros países e as soluções encontradas por essas nações para nortear a interpretação.

A cláusula de mediação ainda é pouco estudada isoladamente. Muitos dos trabalhos existentes, inclusive na doutrina estrangeira, a comparam com a cláusula compromissória de arbitragem. O presente trabalho também se aproveita dessa ferramenta.

Os estudos mais atuais, tanto sobre a cláusula de mediação quanto sobre a cláusula de arbitragem, versam, em sua maioria, sobre os efeitos por elas produzidos quando da deflagração da controvérsia.

Este trabalho, diferentemente, propõe primeiro percorrer os três planos do mundo jurídico (existência, validade e eficácia) e identificar os elementos, requisitos e fatores de eficácia da cláusula de mediação necessários à produção de seus efeitos.

Esta dissertação não pretende analisar com profundidade a mediação de conflitos, mas oferecer algumas explicações indispensáveis para estabelecer a cláusula de mediação como negócio jurídico. Inicialmente, serão apresentados os meios autocompositivos de soluções de controvérsias usualmente confundidos com mediação: a conciliação e a arbitragem.

Na sequência, passaremos ao conceito de mediação, a abordagem que pode ser utilizada pelo mediador, para quais tipos de conflitos o uso da mediação é adequado e quando a atuação de mais de um mediador é interessante para a resolução da controvérsia.

Em seguida, será apresentado o “minissistema” aplicável à mediação, com a análise das regras do ordenamento pátrio que disciplinam a operacionalização da mediação no Brasil.

O próximo passo é explicitar os princípios que norteiam a mediação, com ênfase no princípio da autonomia privada, pilar estrutural desse método de solução de conflitos. A autonomia privada está presente em todas as fases da mediação: na escolha por esse método de solução de controvérsias, seja através de cláusula ou compromisso de mediação; no

processo de mediação em si, podendo as partes optar por interromper a negociação a qualquer momento; na celebração do acordo e, finalmente, no cumprimento do ajuste.

O negócio jurídico é o foco da discussão seguinte, apresentado como objeto cultural e sua identificação no mundo jurídico. Na ocasião, será demonstrada a cláusula de mediação nesse contexto e o que leva sua qualificação como negócio jurídico.

No capítulo subsequente, a discussão estará voltada para a utilidade da teoria tricotômica na análise do fato jurídico. Resumidamente, ela analisa o fato jurídico em três planos: existência, validade e eficácia. No plano da existência, consideram-se os fatos do mundo real sobre os quais a norma incide; no plano da validade, os requisitos exigidos pelo ordenamento para os atos jurídicos produzirem os efeitos queridos pelas partes e, por fim, no plano da eficácia, os efeitos do fato jurídico.

Então, passa-se à análise da cláusula de mediação em cada um dos três planos. Nos capítulos que seguem será apresentada a teoria tricotômica como proposta para os negócios jurídicos em geral e sua aplicação especificamente na cláusula de mediação. Serão analisados os elementos necessários à existência da cláusula, os requisitos imprescindíveis à sua regularidade e os fatores de eficácia indispensáveis à produção de seus efeitos.

Por fim, discutem-se os efeitos produzidos pela cláusula de mediação existente, válida e eficaz, tanto na esfera do direito material, quanto na esfera do direito processual.

2 MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO, NEGOCIAÇÃO E ARBITRAGEM: DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS

O objetivo do presente trabalho não é estudar a mediação de conflitos com profundidade em todos os seus aspectos. Entretanto, algumas definições são necessárias para que se possa situar a cláusula de mediação no mundo jurídico.

Iniciaremos com a distinção entre mediação, conciliação, negociação e arbitragem, institutos que, por vezes, são confundidos entre si.

A heterocomposição é a solução de um conflito através da atuação de um terceiro dotado de poder para impor a norma aplicável ao caso concreto, independentemente da existência de acordo entre as partes. Pode-se citar como exemplo a jurisdição estatal e a arbitragem.

Já a autocomposição caracteriza-se por ser a solução dos conflitos pelas partes envolvidas. Ela pode ser direta (negociação) ou assistida (mediação e conciliação). No primeiro caso, há apenas relação entre as partes para a produção de um acordo; na negociação assistida há a presença de um terceiro imparcial que as auxilia a identificar os impasses e buscar soluções.

Aqui já podemos traçar semelhanças e diferenças entre mediação e arbitragem. Ambas são meios de resolução de conflitos extrajudiciais com um terceiro neutro envolvido. Na arbitragem, o terceiro impõe às partes uma decisão, enquanto na mediação, as partes tentam buscar um consenso, conforme será melhor analisado no decorrer da dissertação.

O papel do terceiro é, portanto, diferente: “na mediação, o mediador ajuda as partes a resolver seus problemas por conta própria, sem julgar o que aconteceu. Na arbitragem, o árbitro julga o caso com base no que aconteceu no passado” [tradução nossa]¹.

A negociação é a primeira instância da tentativa de resolução de conflitos. Uma vez acertada uma solução que agrade ambas as partes, o conflito estará resolvido². A negociação é, portanto, empregada em todos os métodos de resolução de conflitos como “instrumento natural para solucionar os conflitos, ao qual muitas vezes recorrem seus agentes

¹ [in mediation, the mediator helps the parties to resolve their problem on their own, without judging what happened. In arbitration, the arbitrator adjudicates the case based upon what happened in the past]. PETER, James T. MED-ARB in international arbitration. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 4, pp. 155-197, jan.- mar. 2005. \DTR2005\4. São Paulo: RT, 2005 [versão eletrônica], p. 7.

² SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 10.

mesmo de modo inconsciente, quando existe algo incômodo na inter-relação existente, seja de ordem afetiva, profissional ou comercial”³.

No ordenamento brasileiro, a mediação foi definida no parágrafo único do art. 1º da Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação): “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Outros ordenamentos jurídicos também definiram a mediação. A Lei de Mediação alemã⁴, que trata de mediação extrajudicial, a define como “procedimento estruturado e confidencial, no qual as partes, com a ajuda de um ou mais mediadores, voluntariamente e de modo autônomo, buscam solução amigável de seus conflitos”⁵.

Nos Estados Unidos da América, a Lei Uniforme de Mediação (*Uniform Mediation Act*)⁶ define mediação como um “processo no qual um mediador facilita a comunicação e a negociação entre as partes para ajudá-las a alcançar um acordo voluntário em relação à sua disputa” [tradução nossa]⁷.

A doutrina também se ocupou de esclarecer o que é mediação. Ela pode ser entendida como “um processo autocompositivo através do qual as próprias partes se responsabilizam pela decisão gerada, havendo a figura de um terceiro facilitador do diálogo e da solução do conflito, com a facilitação de terceiro”⁸.

Também nesse sentido, Fernanda Tartuce afirma:

“a mediação consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que alguém imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem”⁹.

³ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 9.

⁴ “A Lei de Mediação Alemã foi promulgada no dia 27.01.2012, e entrou em vigor em 26.07.2012. Composta de apenas nove parágrafos, ela integra o primeiro artigo da Lei para promoção da mediação e outros procedimentos extrajudiciais de solução de conflitos (Gesetz zur Förderung de Mediation um anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung), composta no total de nove artigos que promovem modificações no Código de Processo Civil e em outras leis”. PEREZ, Adriana Hahn. A nova lei alemã de mediação. In: **Revista de Processo**. v. 243, pp. 555-581, São Paulo: RT, maio 2015 [versão eletrônica], p. 9.

⁵ Tradução de Adriana Hahn Perez. PEREZ, Adriana Hahn. A nova lei alemã de mediação. In: **Revista de Processo**. v. 243, pp. 555-581, São Paulo: RT, maio 2015 [versão eletrônica], p. 9.

⁶ EUA. Uniform Mediation Act. **Last revised or amended in 2003**. Lei Uniforme de Mediação [última revisão ou alteração em 2003]. Disponível em: <https://www.uniformlaws.org>. Acesso em: 16 set. 2019.

⁷ “process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute”.

⁸ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos E.U.A.:** condições, desafios e limites para institucionalização da mediação no judiciário. (coord.). Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 17.

⁹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação de conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. [Minha Biblioteca], p. 197.

A doutrina estrangeira também se preocupou em definir a mediação. Segundo Kimberlee K. Kovach¹⁰, “a mediação é amplamente definida como um processo em que uma pessoa imparcial assiste outras pessoas a alcançar a resolução de um conflito”. [tradução nossa] Já Nadja Alexander entende que mediação é um “processo de tomada de decisão auxiliado por um terceiro independente” [tradução nossa]¹¹.

A legislação brasileira nem sempre distingue claramente mediação e conciliação¹². O Código de Processo Civil, entretanto, orienta o encaminhamento dos casos, nos parágrafos do seu art. 165¹³:

“Art. 165 [...]

§ 1º: O conciliador, que atuará preferencialmente nos *casos em que não houver vínculo anterior entre as partes*, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. (grifos nossos)

§ 2º: O mediador, que atuará preferencialmente *nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes*, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”. (grifos nossos)

No Brasil, coube à doutrina e aos órgãos e câmaras que atuam com a matéria fazer a distinção. A mediação é definida segundo o regulamento modelo do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), como:

“um Processo não-adversarial e voluntário de resolução de controvérsias por intermédio do qual duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, buscam obter uma solução consensual que possibilite preservar o relacionamento entre elas. Para isso, recorrem a um terceiro facilitador, o Mediador-especialista imparcial, competente, diligente, com credibilidade e comprometido com o sigilo; que estimule, viabilize a comunicação e auxilie na busca da identificação dos reais interesses envolvidos”¹⁴.

Já a conciliação pode ser assim entendida:

“um processo consensual breve, envolvendo contextos conflituosos menos complexos, no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro,

¹⁰ “Mediation is broadly defined as a process where an impartial person assists other in reaching a resolution of a conflict dispute”. KOVACH, Kimberlee. **Mediation in a nutshell**. St. Paul: Thomson West, 2014, p. 16.

¹¹ ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation: legal perspectives**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p.15 [Mediation as a decision-making process supported by an independent third party].

¹² Ada Pellegrini Grinover critica a definição dada pela lei de mediação ao afirmar que esta “chama de mediação o que – segundo os critérios do art. 165 e parágrafos do NCPC – seria conciliação”. GRINOVER, Ada Pellegrini. **O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades**. Disponível em: <http://dirittoetutela.uniroma2.it>. Acesso em: 16 set. 2019, p. 18.

¹³ Fernanda Tartuce pondera: “Embora seja feita a apropriada distinção entre conciliação e mediação, em diversas previsões ambos os mecanismos são tratados conjuntamente pelo legislador” e traz em seu texto algumas dessas situações. TARTUCE, Fernanda. O marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**. v. 258, pp. 495-516, ago. 2016. DTR\2016\22279. São Paulo: RT, 2016 [versão eletrônica], p. 495.

¹⁴ Disponível em: CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM – CONIMA. **Regulamento modelo de mediação**. Disponível em: http://www.conima.org.br/regula_modmed. Acesso em: 14 maio 2019, p. 14.

neutro à disputa, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa para ajudá-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou acordo”¹⁵.

A mediação e a conciliação são semelhantes. Em ambos os meios de solução de conflitos os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para pacificarem seu conflito.

A conciliação é um procedimento mais célere. É um mecanismo bastante eficaz para solucionar conflitos em que não há um relacionamento entre as partes. Está mais ligada ao Poder Judiciário¹⁶ e, em alguns países, está prevista na legislação processual¹⁷. Lia Regina Castaldi Sampaio traz como exemplo Argentina, Espanha, Portugal, Cabo Verde e Angola¹⁸.

As principais diferenças entre conciliação e mediação recaem sobre a forma de atuação e formação do terceiro; o controle exercido sobre o processo; o tipo de conflito e a relação entre as partes, questões que influenciam diretamente nos objetivos das técnicas autocompositivas¹⁹.

Quanto à atuação do terceiro, pode ser mais ou menos ativa, facilitadora ou avaliadora das possibilidades de acordo. Na conciliação é admitida uma posição mais ativa do terceiro, podendo até a proposição de ideias de acordo às partes. Nesse sentido, esclarece Kazuo Watanabe:

“na mediação, o terceiro é neutro, procura criar as condições necessárias para que as próprias partes encontrem a solução, mas não intervém no sentido de adiantar alguma proposta de solução; na conciliação, isso não ocorreria, ou seja, a intervenção do terceiro é para interferir um pouco mais na tentativa de obter a solução do conflito, de apaziguar as partes, e, nesse momento, o conciliador poderá sugerir algumas soluções para o conflito”²⁰.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. Conselho Nacional de Justiça. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016, p. 22.

¹⁶ Ada Pellegrini Grinover destaca que a conciliação é utilizada no Brasil há alguns anos. Há normas regulamentadoras a respeito na Lei 6.515/1977 (Lei do Divórcio); Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) e Código de Processo Civil. GRINOVER, Ada Pellegrini. **O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades**. Disponível em: <http://dirittoetutela.uniroma2.it>. Acesso em: 16 set. 2019, p. 4.

¹⁷ Na Alemanha o termo *Schlichtung*, que significa conciliação, é utilizado para procedimentos relacionados a direito do consumidor. TOCHTERMANN, Peter. Mediation in Germany: the german mediation act – alternative dispute resolution at crossroads In: HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (edits) **Mediation: principles and regulation in comparative perspective**. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle], p. 523. Na Suíça, o procedimento de conciliação (*Schlichtungsversuch*) está previsto nos arts. 197 a 207 do Código de Processo Civil Suíço (*Schweizerische Zivilprozessordnung*). CONFEDERAÇÃO SUÍÇA. **Schweizerische Zivilprozessordnung** [Código de Processo Civil Suíço]. Disponível em: <https://www.gesetze.ch/inh/inhsub272.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

¹⁸ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 18.

¹⁹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos E.U.A.:** condições, desafios e limites para institucionalização da mediação no judiciário. (coord.). Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 47.

²⁰ WATANABE, Kazuo. Modalidades de mediação. In: **Mediação: um projeto inovador**. Série cadernos do CEJ; Brasília, Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003, v. 22, pp. 22-50. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol22/artigo04.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2017, p. 48.

A conciliação busca o acordo entre as partes, enquanto a mediação trabalha o conflito, sendo o acordo consequência²¹.

Na literatura internacional, há estudos que consideram a conciliação um processo mais direcionador e intervencionista que a mediação facilitativa²²:

*“on this view, a conciliator may move beyond the process-focused role of a mediator and provide advice to the parties regarding the substantive issues in dispute, the legal merits of the situation and an appropriate outcome for the dispute, even going so far as to suggest terms of settlement. Underpinning this understanding of conciliation is the notion that the conciliator is required to be an expert on the subject matter of the dispute as well as the process of conciliation”*²³.

O tipo de conflito e a relação continuada entre as partes também são elementos importantes na técnica compositiva. A conciliação é eficaz para conflitos pontuais e novos, nos quais a relação entre as partes é transitória e sem vínculos maiores que os atrelem. A conciliação

“não requer relacionamento significativo no passado ou contínuo entre as partes no futuro, que preferem buscar um acordo de forma imediata para pôr fim à controvérsia ou ao processo judicial: aplica-se ao caso de acidente de veículos e relações de consumo em que as partes não possuem vínculos afetivos, profissionais ou sociais e não convivem e não irão conviver após aquele ato, somente necessitando de um terceiro que as ajude a refletir qual seria a melhor solução para a controvérsia, evitando os desgastes de uma demanda judicial”²⁴.

A mediação é mais indicada para conflitos antigos e crônicos; para relações nas quais existe um vínculo (jurídico ou pessoal) entre os envolvidos, pois investiga mais profundamente os elementos subjetivos que levaram ao estado de divergências²⁵. Ela tem o foco na comunicação das partes e na manutenção de sua relação. É de grande valia quando aplicada em “relações que as partes tenham interesse em manter, como, por exemplo, as de

²¹ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 47.

²² A distinção ente os métodos avaliativo e facilitativo será feita mais adiante.

²³ ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation: legal perspectives**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 16. Nesse sentido, um conciliador poderá ir além do papel de mediador, que é focado no processo, e fornecer às partes recomendações referentes a questões materiais da disputa, aspectos legais da situação e um resultado adequado da disputa, podendo chegar ao ponto de propor os termos do acordo. Reforçando esse entendimento de conciliação está a noção de que o conciliador deve ser um especialista na matéria do conflito, bem como no processo de conciliação [tradução nossa].

²⁴ BRAGA, Adolfo. Reflexões sobre conciliação e a mediação de conflitos. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe** *apud* GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos E.U.A.:** condições, desafios e limites para institucionalização da mediação no judiciário. (coord.). Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 48.

²⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem:** mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 47. Joseph P. Folger defende a utilização da mediação também em casos que não visam a continuidade da relação. FOLGER, Joseph P.; BRAGA NETO, Adolfo; BARROS, Julia. Mediação transformativa: preservando o valor único da mediação em contexto de disputa. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 51, pp. 439-459, out.-dez.2016 DTR\2016\24742. São Paulo: RT, 2016 [versão eletrônica], p.11.

parcerias comerciais, societárias etc.”²⁶.

A mediação não visa ao acordo entre as partes envolvidas em uma controvérsia. Seu objetivo é promover o diálogo e a reflexão através da intervenção do mediador. O acordo torna-se, assim, o resultado natural a ser buscado pelas partes com respeito e cooperação restabelecida entre elas: “É na verdade o resultado natural de uma boa oportunidade de as partes entenderem seus efetivos interesses e necessidades”²⁷.

Daniela Monteiro Gabbay²⁸ destaca que alguns programas denominados nos EUA como de mediação seriam tidos como conciliação no Brasil.

Ocorre que os termos conciliação, mediação e, até mesmo arbitragem, são usados indistintamente e, por vezes, confundidos. Isso se dá, em parte, em decorrência do entendimento desses processos em diferentes culturas²⁹.

Ainda que não se utilize denominação diferenciada, questões relativas a diferenças entre os tipos de mediação (facilitativa ou avaliativa) refletem preocupações semelhantes a questionamentos implícitos na distinção de mediação e conciliação.

O grupo de trabalho da *United Nations Commission on International Trade Law* – UNCITRAL (Comissão de Direito Comercial Internacional das Nações Unidas) durante debates da Lei Modelo referente à conciliação comercial internacional (*model law on international commercial conciliation*) também discutiu a denominação, optando, em 2002, pelo termo conciliação, entendendo que os termos conciliação e mediação eram intercambiáveis. Em 2018, porém, referido documento foi alterado para *Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation* (Lei modelo referente à mediação comercial internacional e acordos internacionais resultantes de mediação) visando dar maior visibilidade à Lei Modelo. A UNCITRAL ressalta, entretanto, que a alteração de terminologia não tem implicações substanciais ou conceituais.

Cabe destacar que a “escolha de técnicas de mediação a serem aplicadas deve considerar o contexto do conflito e das partes”³⁰. Portanto, muitos mediadores, na prática,

²⁶ NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação: algumas considerações. In: **Revista do Advogado**. n. 87. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2006, p. 131.

²⁷ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 123.

²⁸ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos E.U.A.**: condições, desafios e limites para institucionalização da mediação no judiciário. (coord.). Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 49.

²⁹ ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation: legal perspectives**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p.16. Segundo Yang, citado pela autora, na República Popular da China o termo “tiaojie” refere-se tanto à mediação quanto à conciliação e, portanto, pode ser utilizado indistintamente.

³⁰ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 93-94.

dependendo do conflito e seu contexto, utilizam técnicas e procedimentos da mediação e da conciliação durante o procedimento³¹.

Judd Epstein³² explica que são aplicados, ao menos, três métodos de mediação e destaca que as partes devem estar cientes da diferença de abordagem.

“In the first type, facilitative mediation, the negotiations are future-focused and are structures so as to promote the performance of the contract. Interests and concerns are emphasized, and rights and past events are relevant but not predominant. In the settlement mediation, a second type of commercial dispute resolution, attention is paid to events in the past and to underlying rights. The legal representative is involved in the correct application of the relevant law to the facts as revealed through the parties’ negotiations [...] Finally, in evaluative mediation, mediators are chosen in part on the basis of their subject matter expertise and are expected to make suggestions and even propose solutions”³³.

John W. Cooley³⁴ discorre sobre as técnicas utilizadas em mediações facilitativas e mediações avaliativas³⁵:

“Numa mediação de facilitação, o mediador não emite um parecer sobre o valor do caso nem recomenda como ele deve ser resolvido. Em vez disso, o mediador que utiliza a técnica de facilitação auxilia as partes e seus advogados, pelo intercâmbio de informações e pela criatividade, para que cheguem a sua própria decisão conjunta sobre um acerto ou solução razoáveis. O mediador que adota a técnica de avaliação, por outro lado, é contratado pelas partes para emitir um parecer ou uma recomendação quanto ao valor do acerto ou quanto a alguma solução”.

Para fins deste trabalho, utilizaremos o conceito de mediação lastreado no modelo facilitativo, que entende mediação³⁶ como

³¹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 93-94. Nesse sentido também: FALECK, Diego. Mediação empresarial. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 42, pp. 263-278 jul.-set. 2014. DTR\2014\15088. São Paulo: RT, 2014 [versão eletrônica], p. 8.

³² EPSTEIN, Judd. The use of comparative law in commercial international arbitration and commercial mediation. **Tulane Law Review** v. 75, pp. 913-927, 2001, p. 924.

³³ No primeiro tipo, mediação facilitativa, as negociações são focadas no futuro e estruturadas de forma a promover a execução do contrato. Interesses e preocupações são enfatizadas; direitos e eventos pretéritos são relevantes, porém, não predominam. Na mediação voltada ao acordo, um segundo tipo de solução de controvérsias comerciais, a atenção é voltada aos eventos passados e direitos subjacentes. Um intérprete de direito é responsável pela correta aplicação da lei relativa aos fatos revelados pelas partes durante a negociação. Por fim, na mediação avaliativa, mediadores são escolhidos, em parte, com base em sua área de conhecimento e espera-se que façam sugestões e até proponham soluções [tradução livre]. Sobre essa diferenciação, ver também: SALEHIJAN, Maryam. Mediation clause decoded: a systematic content analysis. **McGill Journal of Dispute Resolution** v. 5 (2018-2019), n. 6, pp. 119-167. Disponível em: <https://biblio.ugent.be/publication/8620742/file/8620743>. Acesso em: 12 set. 2019, p. 124; FALECK, Diego. Mediação empresarial. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 42, pp. 263-278 jul.-set. 2014. DTR\2014\15088. São Paulo: RT, 2014 [versão eletrônica], p. 11.

³⁴ COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução de René Loncan. Brasília: UNB, 2001; CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português** – parte geral. 2. ed. v. 1. t. 1. Coimbra: Almedina, 2000, p. 44.

³⁵ A doutrina nacional, ao descrever os métodos de mediação utiliza os termos mediação facilitadora/avaliadora ou mediação facilitativa/avaliativa. Exemplos do primeiro binômio são Luis Fernando Guerreiro; já do segundo, Daniela Monteiro Gabbay, Diego Faleck, Fernanda Rocha Lourenço Levy. Neste trabalho utilizaremos mediação facilitativa/avaliativa.

³⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 85; GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos E.U.A.**: condições, desafios e limites para institucionalização da mediação no judiciário. (coord.). Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 17; GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o**

“um meio consensual e voluntário de prevenção, condução e pacificação de conflitos, conduzido pelo mediador, pessoa que, devidamente capacitada, atua como terceiro imparcial, sem o poder de julgar ou sugerir, acolhendo os mediandos no sentido de propiciar-lhes a oportunidade de comunicação recíproca e eficaz para que eles próprios construam conjuntamente a melhor solução para o conflito”³⁷.

Cabe destacar que a mediação nem sempre é o meio mais adequado para a solução de um determinado conflito. Há casos em que o meio judicial é o mais apropriado, dependendo do objetivo a ser atingido. Dentre eles, casos que necessitem criar precedentes ou justificação pública³⁸, ou ainda, casos de patente desequilíbrio de poder³⁹. Ainda, podem ser citados casos que envolvam causas comuns a um grupo de ações, em que a solução mais eficiente seria agregar as ações individuais em um julgamento único⁴⁰.

Na mediação é o processo que se adequa ao conflito, e não o conflito ao processo (*one size does not fit all*). Isso não quer dizer, porém, que a existência de flexibilidade não equivale à inexistência de forma, havendo garantias mínimas a serem observadas⁴¹.

A mediação é um método que se desenvolve por meio de um procedimento, possuindo, assim, princípio, meio e fim⁴². O legislador delineou⁴³ um procedimento básico que serve como guia às partes. Entretanto, elas podem dispor de maneira diferente sobre seu rito⁴⁴.

O processo de mediação é composto por um conjunto de atos coordenados de maneira lógica e cronológica. O processo de mediação tem como finalidade a solução de um conflito pelos interessados e a superação dos fatores que originaram a disputa. O

processo civil. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem, mediação e conciliação.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 273; ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation: legal perspectives.** The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 16; HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix. **Mediation: comparison of laws, regulatory, models, fundamental issues.** In: HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (edits). **Mediation: principles and regulation in comparative perspective.** Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle], p. 31.

³⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93.

³⁸ FALECK, Diego. Mediação empresarial. **Revista de Arbitragem e Mediação.** v. 42, pp. 263-278, jul.-set. 2014. DTR\2014\15088. São Paulo: RT, 2014 [versão eletrônica], p. 11.

³⁹ FALECK, Diego. Mediação empresarial. **Revista de Arbitragem e Mediação.** v. 42, pp. 263-278, jul.-set. 2014. DTR\2014\15088. São Paulo: RT, 2014 [versão eletrônica], p. 11.

⁴⁰ CAPONI, Remo. Just settlement or just about settlement? Mediated agreements: a comparative view of the basics. **Revista de Processo Comparado.** v. 9, pp. 17-44, jan.-jun. 2019, DTR\2019\35307, São Paulo: RT, 2019 [versão eletrônica], p.6.

⁴¹ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos E.U.A.:** condições, desafios e limites para institucionalização da mediação no judiciário. (coord.). Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 281.

⁴² MARQUES, Hildebrando da Costa. Artigo 20. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.). **Lei de Mediação comentada artigo por artigo:** dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 123; FALECK, Diego. Mediação empresarial. **Revista de Arbitragem e Mediação.** v. 42, pp. 263-278, jul.-set. 2014. DTR\2014\15088. São Paulo: RT, 2014 [versão eletrônica], p. 8.

⁴³ A Lei de Mediação disciplina na seção III do capítulo I o procedimento. A subseção I contém as prisões relativas às regras gerais; a subseção II disciplina a mediação extrajudicial e a subseção III a mediação judicial.

⁴⁴ Art. 22, Lei de Mediação. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo: 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.

procedimento de mediação, por sua vez, consiste nas fases percorridas pelo mediador para alcançar a finalidade acima⁴⁵.

Como etapas da mediação, podem ser citadas⁴⁶ a) início da mediação, em que o mediador se apresenta e explica o que é mediação; b) reunião de informações, em que as partes expõem suas perspectivas e o mediador elabora perguntas para esclarecer alguns pontos ainda obscuros; c) identificação de questões, interesses e sentimentos, quando o mediador traz um resumo das declarações, elaborado de forma neutra, para as partes discutirem o ocorrido; d) esclarecimento das controvérsias e interesses, em que as partes compreendem as reais questões do conflito; e) resolução das questões, uma vez identificados e assimilados os fatores do conflito, as partes podem desenhar, com a ajuda do mediador, a solução mais adequada às suas necessidades; f) registro das soluções encontradas.

Apesar de as etapas procedimentais serem conhecidas, são maleáveis, e permitem ao mediador adequá-las ao contexto do conflito. No caso concreto, podem ser alterados os procedimentos relativos ao tempo e ao local das sessões, além da utilização de outros profissionais⁴⁷ visando a solução consensual⁴⁸.

Também é possível a condução do processo de mediação por mais de um mediador⁴⁹. Nesse caso, tem-se a comediação, um trabalho em dupla/equipe para a resolução de conflitos. Recomenda-se que o comediador tenha especialidade diversa da do mediador⁵⁰.

“Dependendo das características étnicas, culturais, de gênero ou de idade dos participantes da disputa, dois ou mais mediadores que tenham características que combinem com as das partes contendoras podem facilitar a criação de relações e a comunicação entre elas mais facilmente do que faria um único mediador com quem os participantes da disputa tenham dificuldade em identificar-se”⁵¹.

A multiplicidade de mediadores é utilizada geralmente em disputas complexas em que há pluralidade de partes, e uma configuração intrincada de alegações, alegações cruzadas e de contra-alegações⁵². Tais situações complexas usualmente ocorrem na construção civil,

⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. Conselho Nacional de Justiça. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016, p. 150.

⁴⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. Conselho Nacional de Justiça. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016, pp. 150-151.

⁴⁷ Aqui podem ser citados psicólogos, peritos financeiros, advogados, engenheiros e outros profissionais que podem ser chamados a esclarecer pontos específicos, se as partes e o mediador entenderem benéfico à mediação.

⁴⁸ LOSS, Juliana. Artigo 19. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.) **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 115.

⁴⁹ Art. 15, Lei de Mediação. A requerimento das partes ou do mediador, e com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito.

⁵⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 100, NR 33.

⁵¹ COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução de René Loncan. Brasília: UNB, 2001, p. 234.

⁵² COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução de René Loncan. Brasília: UNB, 2001, p. 234.

envolvendo desastres ambientais e no direito de família.

A mediação não é a regra geral. Assim, por ser exceção, “deve ser requerida pelas partes envolvidas no conflito, ou pelo mediador que estiver atuando no caso – mas sempre com o conhecimento e a concordância das partes”⁵³.

Os tipos de mediação podem ser classificados por características pessoais dos mediadores ou pela sua forma de atuação⁵⁴.

No primeiro caso, subdividem-se em a) multidisciplinar, na qual os mediadores são de áreas profissionais distintas; b) por gênero, na qual independentemente da profissão dos mediadores, dá-se importância ao gênero (geralmente uma mulher atua em conjunto com um homem); e, c) por afinidade, aqui é relevante o fato de serem parceiros em suas intervenções⁵⁵.

Já em relação à forma de atuação, podem ser divididas em: a) complementaridade, na qual o procedimento é coordenado por um dos mediadores e o outro complementa quando autorizado pelo primeiro; e, b) por revezamento, em que os mediadores se alternam na condução da mesma reunião⁵⁶.

A mediação traz vantagem, tendo em vista que o mediador tem a missão de não deixar o processo fragmentado e unidirecional, ampliando a visão das partes⁵⁷. Devem ser considerados também os seguintes fatores para a contratação da mediação: a) aumento da capacidade de escutar as interferências feitas pelas partes; b) aumento da tolerância e paciência, compartilhando, os mediadores, o peso do processo; c) criação de equilíbrio quando há desequilíbrio de poder; c) combinação de habilidades dos profissionais permite melhor entendimento do processo⁵⁸.

As desvantagens são o aumento de custo e um possível conflito entre mediadores⁵⁹.

Em situações nas quais os mediadores não têm familiaridade entre si, o processo

⁵³ SOUZA, Mariana Freitas de. Artigo 15. In: (org.) CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 84.

⁵⁴ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 60.

⁵⁵ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2007, pp. 60-61.

⁵⁶ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 61.

⁵⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 100, NR 33.

⁵⁸ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2007, pp. 63-64.

⁵⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 100, NR 33.

de mediação pode ser mais demorado, a fase de questionamentos será mais longa e os mediadores necessitarão de mais intervalos para conversarem e trocarem suas perspectivas. Além disso, há possibilidade de ocorrer conflito entre as diferentes formas de atuação de cada um dos mediadores, podendo ocasionar o insucesso da mediação⁶⁰.

Assim, diante do exposto, considera-se a mediação um meio de prevenção e de resolução de conflitos, consensual e voluntário, conduzido por um (ou mais) mediador(es) capacitado(s), na qualidade de como terceiro imparcial, sem qualquer poder para julgar, auxiliar os interessados a melhorar sua comunicação a fim de que eles próprios construam conjuntamente a melhor solução para seu conflito.

2.1 Legislação brasileira relativa à mediação

As principais normas que regem a mediação no Brasil são a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015).

Essas normas formam o minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução de conflitos⁶¹ que se complementam em um sistema integrado⁶², priorizando a solução consensual de conflitos.

A Lei de Mediação surgiu de uma iniciativa de criação de políticas públicas de incentivo de meios alternativos e extrajudiciais de solução de conflitos como técnicas processuais voltadas ao atingimento da jurisdição, definida como função pública voltada à pacificação de conflitos⁶³.

Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto⁶⁴ destacam em sua obra que os meios alternativos de solução de controvérsias não foram criados para substituir o meio adjudicatório judicial ou descongestionar o sistema judicial, como defendido por alguns doutrinadores⁶⁵. Esses meios surgiram para proporcionar um outro caminho, uma opção, uma

⁶⁰ KOVACH, Kimberlee. **Mediation in a nutshell**. St. Paul: Thomson West, 2014, pp. 274-275.

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades**. Disponível em: <http://dirittoetutela.uniroma2.it>. Acesso em: 16 set. 2019, p. 1.

⁶² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Artigo 3º. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org). **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 21.

⁶³ DEMARCHI, Juliana. **Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, 2007 *apud* GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos E.U.A.:** condições, desafios e limites para institucionalização da mediação no judiciário. (coord.). Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 19.

⁶⁴ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2007, pp. 13-14.

⁶⁵ Ver também: ESPLUGUES, Carlos. Access to justice or access to states courts' justice in Europe? The directive 2008/52/EC on civil and commercial mediation. **Revista de Processo**. v. 221, pp. 303-332, jul. 2013, DTR\2013\3818. São Paulo: RT, 2013 [versão eletrônica], p. 4.

alternativa de resolução de conflitos para que as pessoas tenham a oportunidade de buscar soluções diferenciadas, específicas e, talvez, especializadas para suas distintas inter-relações⁶⁶.

A Lei de Mediação trouxe a regulamentação para as mediações judiciais e extrajudiciais. Apesar de a mediação já existir e ser realizada de forma séria e bem-sucedida, a Lei de Mediação complementou as regras existentes para estabelecer diretrizes a serem observadas nesta forma de autocomposição, colocando parâmetros a serem seguidos caso as partes envolvidas optem por uma mediação não institucional ou se a câmara escolhida não tiver, em seu regulamento, normas sobre o assunto.

A Lei de Mediação inovou ao abordar certos temas, como as matérias que podem ser objeto de mediação, a submissão das partes à mediação e a instauração da mediação como hipótese de suspensão do prazo prescricional.

Em síntese, a Lei de Mediação disciplinou: i) o procedimento de mediação prevendo expressamente alguns dos consagrados princípios norteadores do instituto; ii) a prática da mediação judicial; iii) a prática da mediação extrajudicial; e iv) a possibilidade de utilização da mediação em conflitos envolvendo a Administração Pública.

A Lei de Mediação traz em seu bojo apenas regras de mediação, sem mencionar a conciliação. Há autores que entendem, entretanto, que suas regras devem ser aplicadas também à conciliação, tendo em vista que as técnicas utilizadas podem variar a depender das partes envolvidas e do objeto da disputa⁶⁷.

A Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça estabelece a política nacional de disseminação da mediação e conciliação no Poder Judiciário, com intuito de uniformizar orientações para todos os tribunais brasileiros. Esta foi a primeira tentativa de estimular o Poder Judiciário a incorporar a mediação e oferecer este método diretamente à sociedade como forma de solução de disputas.

O Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) institucionalizou a mediação nos processos judiciais (mediação judicial). O principal objetivo desta inovação é conferir celeridade à resolução dos conflitos. Nesse sentido, o diploma traz dentre as suas principais mudanças o amplo incentivo aos métodos autocompositivos.

⁶⁶ Nesse sentido, ver também: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades**. Disponível em: <http://dirittoetutela.uniroma2.it>. Acesso em: 16 set. 2019, p. 2; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. **Revista de Processo**. v. 254, pp. 17-44, DTR\2016\19686. São Paulo: RT, 2016 [versão eletrônica], p. 5.

⁶⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 1º. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.). **Lei de mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 7.

Tem-se assim que o Código de Processo Civil regulamenta os procedimentos de mediação e conciliação judicial (ainda que pré-processual ou no curso do processo sem a homologação do juiz). Já a Lei de Mediação é aplicável na mediação extrajudicial ou naquelas em que, mesmo judiciais, o facilitador não seja cadastrado⁶⁸.

O Código de Processo Civil investe nos métodos de solução de controvérsias (conciliação e mediação judiciais), que utilizam um terceiro facilitador para que as próprias partes alcancem a solução do conflito e a pacificação⁶⁹.

Importante, entretanto, ressaltar:

“A institucionalização da mediação apenas pode assegurar o acesso à justiça (processual e de resultado) quando vem acompanhada de outras mudanças. Não obstante seja importante haver criação de setores de conciliação e mediação, assim como o direcionamento de conflitos a estes setores e a definição de um momento procedimental e gerencial destinado à realização da mediação, nada disso produzirá resultados efetivos sem que as partes, os advogados, os mediadores, juízes e júizo se preparem para autocomposição”⁷⁰.

O Brasil ainda está iniciando sua caminhada para a solidificação dos meios alternativos e extrajudiciais de solução de controvérsias. Há necessidade de uma modificação na cultura nacional no sentido de que primeiro deve-se tentar a solução consensual para a resolução dos conflitos para, se não for resolvido o conflito, então recorrer à jurisdição estatal.

As normas do minissistema de resolução de conflitos por vezes são conflitantes, mas a doutrina já está trabalhando na consolidação dos entendimentos. A efetivação da política pública de tratamento e resolução adequada do conflito, iniciada com a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e complementada pelo Código de Processo Civil e pela Lei de Mediação, depende de uma aplicação integrada do minissistema atual⁷¹.

A disseminação dessa nova cultura menos adversarial e mais compositiva depende dos operadores do direito a quem cabe valorizar os meios consensuais e extrajudiciais de resolução de conflitos.

A promoção da mediação deve ser feita através de educação apropriada do

⁶⁸ Art. 168, Código de Processo Civil: As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação. § 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades**. Disponível em: <http://dirittoetutela.uniroma2.it>. Acesso em: 16 set. 2019, p. 5.

⁷⁰ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos E.U.A.: condições, desafios e limites para institucionalização da mediação no judiciário**. (coord.). Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 284.

⁷¹ Carlos Esplugues afirma que a promoção e a consolidação da mediação é facilitada com a existência de regulamentos que fornecem previsibilidade para os envolvidos. Mas ressalta que há outros aspectos, como a falta de conhecimento do que é mediação ou de seus benefícios, que restringem a ampla utilização desse mecanismo com uma real alternativa. ESPLUGUES, Carlos. Access to justice or access to states courts' justice in Europe? The directive 2008/52/EC on civil and commercial mediation. **Revista de Processo**. v. 221, pp. 303-332, jul. DTR\2013\3818. São Paulo: RT, 2013 [versão eletrônica], p. 9.

público e dos profissionais que nela atuam. A mediação não deve ser vista como um remédio para o mecanismo estatal ineficiente, mas como uma complementação do Poder Judiciário.

2.2 Princípios norteadores da mediação⁷²

Princípios são ideias gerais e abstratas que expressam, em maior ou menor escala, as normas que compõem o sistema jurídico. “Os princípios encarnam, pois, mais valores do que disciplinações de conduta, valores estes a serem feitos valer nas diversas situações de criação do próprio direito”⁷³. O princípio jurídico é um

“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”⁷⁴.

Cada área do direito é a concretização de certo núcleo de princípios que o constitui⁷⁵. Os princípios são critérios de interpretação e de integração, tendo em vista que dão coerência ao sistema⁷⁶. Não se aplica o princípio isoladamente, ele se concretiza através das normas (juízos mais concretos) nas quais se reconhecem os critérios (supraordenados) para sua interpretação.

Os princípios que norteiam a mediação estão positivados na legislação pátria na Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, no Código de Processo Civil⁷⁷ e na Lei de Mediação⁷⁸.

⁷² Sobre os princípios norteadores da mediação: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 1º. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.). **Lei de mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, pp. 18-19; LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013; TARTUCE, Fernanda. **Mediação de conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019 [Minha Biblioteca], pp. 210-243; CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, pp. 90-96. Nesse sentido, também: SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2007, pp. 34-43; BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. Conselho Nacional de Justiça. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016, pp. 250-253; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem, mediação e conciliação**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 275-278; ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation**: legal perspectives. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, pp. 81-85; 216-224; 245-290; HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (eds). **Mediation**: principles and regulation in comparative perspective. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013, [versão Kindle], pp. 13-15; AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. Código de conduta para mediadores. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 10, pp. 327-333, jul.-set., DTR\2012\40, 2006 [versão eletrônica], pp. 327-330.

⁷³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 23.

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atual. até a EC 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 54.

⁷⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 23.

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 100.

⁷⁷ Art. 166, Código de Processo Civil. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

O princípio da autonomia da vontade⁷⁹ está presente em todas as fases da mediação: inicialmente às partes cabe optar por esse método de solução de conflitos em detrimento de outros meios alternativos e à jurisdição estatal; elas são responsáveis pela escolha comum do(s) terceiro(s) imparcial(is), mediador(es) que as auxiliará(ão); decidirão quais assuntos serão abordados na mediação (que poderá ser mais ou menos abrangente que o conflito levado à arbitragem ou ao judiciário); são, ainda, responsáveis pela administração do procedimento e pelo encerramento ou não do procedimento (ainda que o conflito não esteja resolvido).

No caso da existência de um procedimento em andamento, essa autonomia da vontade pode também ser enquadrada como voluntarismo ou voluntariedade, isto é, “o poder que as pessoas detêm de escolha em participar e interromper a qualquer momento, o processo de mediação”⁸⁰, e ainda como a autodeterminação, assim entendida como a “capacidade que as pessoas têm de conduzir o conflito e tomar as decisões que melhor lhes aprouver”⁸¹.

O princípio da independência assegura aos envolvidos uma blindagem contra qualquer imposição alheia ao processo. Do ponto de vista das partes do conflito, essa independência está diretamente relacionada à autonomia para manifestar sua vontade, que deve estar livre de qualquer vício. Já por parte do mediador, refere-se à sua liberdade de atuação: “o mediador é senhor do processo de mediação e é livre para se recusar a dela participar, encerrar o processo a qualquer momento, manter o sigilo da mediação e tomar todas as atitudes que julgar convenientes e necessárias para o desenrolar ético da mediação”⁸².

A imparcialidade é uma diretriz essencial dos meios de solução de conflitos⁸³. Esse princípio também está presente em outros ordenamentos como os da Inglaterra⁸⁴ e da

⁷⁸ Art. 2º, Lei de Mediação. A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I – imparcialidade do mediador; II – isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; V – autonomia da vontade das partes; VI – busca do consenso; VII – confidencialidade; VIII – boa-fé.

⁷⁹ Este trabalho abordará a diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada ou autorregulamentação. A legislação traz a locução “autonomia da vontade” para designar a autorregulamentação dos interesses das partes.

⁸⁰ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96. Nesse sentido também: ANDREWS, Neil. Money and other fundamentals english perspectives on court proceedings, mediation and arbitration. **Revista de Processo**. v. 224, pp. 449-483, out. 3013, DTR\2013\9324. São Paulo: RT, 2013 [versão eletrônica], p. 11.

⁸¹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

⁸² LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 98.

⁸³ TARTUCE, Fernanda. **Mediação de conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019 [Minha Biblioteca], p. 226.

⁸⁴ SCHERPE, Jens M.; MARTEN, Bevan. Mediation in England and wales: regulation and practice. *In*: HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (edits) **Mediation**: principles and regulation in comparative perspective. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle], p. 368.

Áustria⁸⁵. O mediador tem a obrigação de ser imparcial diante dos interessados, não podendo ter interesse no resultado em favor de qualquer um deles⁸⁶. A imparcialidade é essencial tanto nos meios adjudicatórios quanto nos meios consensuais, sua ocorrência é mandatória para que seja a atuação do terceiro que intervém no conflito (decidindo ou intermediando) reconhecida como válida⁸⁷. O mediador tem o dever de revelar qualquer vínculo anterior com as partes ou pessoas a elas relacionadas; por fim, a mediação somente ocorrerá com a anuência de todos os participantes⁸⁸.

O princípio da imparcialidade está relacionado à conduta do mediador que não poderá oferecer privilégios a qualquer das partes. O tratamento oferecido a ambas deverá ser igual e equidistante⁸⁹. Alguns autores, ao mencionar a imparcialidade, destacam também seu caráter de neutralidade, para o qual o mediador deverá atentar-se no intuito de que seus “valores pessoais não venham a interferir na condução do procedimento, em especial quanto à avaliação do comportamento das partes”⁹⁰.

Corroborando o entendimento acima, o art. 1º, anexo III (Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais), da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, que trata dos princípios a serem observados por mediadores e conciliadores, estabelece em seu inciso 4º:

“IV – Imparcialidade – dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;”

A legislação prevê a existência de isonomia entre as partes. Essa isonomia tem duas facetas: a) tratamento isonômico das partes, decorrente da imparcialidade do mediador; e b) isonomia em sua capacidade de negociar.

Na primeira hipótese significa oferecer igualdade de oportunidades aos

⁸⁵ ROTH, Markus; GHERDANE, David. *Mediation in Austria: The European Pioneer in Mediation Law and Practice*. In: HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (edits) **Mediation: principles and regulation in comparative perspective**. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle], p. 252.

⁸⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 2º. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.). **Lei de mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 11.

⁸⁷ TARTUCE, Fernanda. **Mediação de conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019 [Minha Biblioteca], p. 226.

⁸⁸ Art. 5º, parágrafo único, Lei de Mediação: “A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas”.

⁸⁹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97; TARTUCE, Fernanda. **Mediação de conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019 [Minha Biblioteca], p. 226.

⁹⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 91. Nesse sentido também: SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 88.

envolvidos⁹¹. Por este princípio, espera-se que todos os procedimentos (*e.g.* sessões privadas, comunicados), sejam oferecidos a todos os envolvidos no conflito⁹².

Nos conflitos em que as partes possuem poder desigual, o mediador pode defrontar-se com dois tipos de problemas: de percepção, em que a diferença de poder não é observada e há uma percepção equivocada da situação; ou, de existência de relações extremamente assimétricas, em que uma das partes encontra-se em posição desvantajosa e os envolvidos sabem disso⁹³. Um dos papéis do mediador é eliminar eventuais barreiras existentes entre as partes, a fim de que elas tenham confiança para “negociar em pé de igualdade”.

A informalidade caracteriza-se pela flexibilidade do processo para se adequar à complexidade do conflito e à individualidade dos mediados⁹⁴. Informalidade não significa ausência de estrutura procedimental e objetivos claros⁹⁵, mas tão somente que não há um roteiro fechado a seguir durante a mediação⁹⁶.

A mediação desenvolve-se através de conversações e negociações entre os envolvidos e tem como um dos seus principais objetivos o restabelecimento da comunicação. Assim, o princípio da oralidade somente reforça que os participantes possam fazer a exposição oral de fatos e de percepções. Por meio de “expressões, questionamentos e afirmações, busca-se viabilizar um espaço de comunicação entre os envolvidos para que eles possam divisar saídas para seus impasses, relatando sua percepção e contribuindo para eventual elaboração de propostas”⁹⁷.

A confidencialidade também é um princípio de extrema relevância para que os participantes sintam-se confortáveis e protegidos quanto a suas revelações⁹⁸. O sigilo⁹⁹,

⁹¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 95; LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p.98; TARTUCE, Fernanda. **Mediação de conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método 2019 [Minha Biblioteca], p. 226.

⁹² LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 98.

⁹³ TARTUCE, Fernanda. **Mediação de conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019 [Minha Biblioteca], p. 239.

⁹⁴ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100.

⁹⁵ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100.

⁹⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação de conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019 [Minha Biblioteca], p. 218.

⁹⁷ TARTUCE, Fernanda. **Mediação de conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019 [Minha Biblioteca], p. 222.

⁹⁸ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 93; TARTUCE, Fernanda. **Mediação de conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. [Minha Biblioteca], p. 234; LAGRASTA, Valeria Ferioli. Artigo 3º. *In*: CABRAL, Trícia Navarro

segundo a legislação pátria, deve ser absoluto quanto a tudo que se apresenta nos processos de mediação englobando “todas as informações, documentos, propostas, enfim, todos os fatos trazidos à mediação”, inclusive em relação aos envolvidos em caso de encontros privados (salvo se diversamente estabelecido pelas partes)¹⁰⁰.

A confidencialidade também está presente em outros ordenamentos jurídicos como os da França¹⁰¹, Alemanha¹⁰² e Áustria¹⁰³, além da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial¹⁰⁴.

Ao mediador é vedado testemunhar ou prestar qualquer tipo de informação ou conteúdo, salvo se houver autorização das partes. Há nesse sentido disposições legais que

Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.). **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 157.

⁹⁹ Art. 30, Lei de Mediação. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para o cumprimento de acordo obtido pela mediação. § 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando: I – declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; II – reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; III – manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; IV – documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

¹⁰⁰ Art. 31, Lei de Mediação. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

¹⁰¹ Loi n. 95-125 du 8 février 1995 *relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative: Article 21-3*, “Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité” [Lei n. 95-125 de 8 fevereiro 1995 sobre a organização judiciária e processos civis, criminais e administrativos. Art. 21-3. Salvo acordo em contrário entre as partes, a mediação está sujeita ao princípio da confidencialidade [tradução nossa]. FRANÇA. **Loi n. 95-125 de 8 fevriere 1995**. Lei sobre a organização judiciária e processos civis, criminais e administrativos. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/>. Acesso em: 03 out. 2019.

¹⁰² *Mediationsgesetz von 21.07.2012. §4 Verschwiegenheitspflicht – Der Mediator und die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen sind zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit gesetzlich nichts anderes geregelt ist. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihnen in Ausübung ihrer Tätigkeit bekannt geworden ist. Ungeachtet anderer gesetzlicher Regelungen über die Verschwiegenheitspflicht gilt sie nicht, soweit* [Lei de Mediação de 21.07.2012. § 4. Obrigação de confidencialidade. O mediador e as pessoas envolvidas na condução do processo de mediação são obrigados a manter sigilo, a menos que seja estabelecido de outra forma por lei. Este dever refere-se a tudo que lhes é conhecido no exercício de seus deveres. Independentemente de outras disposições estatutárias sobre o dever de confidencialidade, ela não se aplica na medida em que [...] [Tradução Google Tradutor: <https://translate.google.com.br/?hl=pt-BR>. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/mediationsg/BJNR157710012.html>. Acesso em: 03 out. 2019].

¹⁰³ *Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen §18 Der Mediator ist zur Verschwiegenheit über die Tatsachen verpflichtet, die ihm im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurden. Er hat die im Rahmen der Mediation erstellten oder ihm übergebenen Unterlagen vertraulich zu behandeln. Gleiches gilt für Hilfspersonen des Mediators sowie für Personen, die im Rahmen einer Praxisausbildung bei einem Mediator unter dessen Anleitung tätig sind.* [Lei federal sobre mediação em matéria civil – § 18 O mediador é obrigado a manter sigilo sobre os fatos que lhe foram confiados no contexto da mediação ou de outro modo conhecido. Ele deve tratar confidencialmente os documentos criados ou entregues a ele como parte da mediação. O mesmo se aplica aos assistentes do mediador, bem como às pessoas que trabalham como parte de um treinamento prático com um mediador sob sua orientação. [Tradução Google Tradutor. Disponível em: <https://mediatoren.justiz.gv.at/mediatoren/mediatorenliste.nsf/contentByKey/VSTR-7DYH3T-DE-p>. Acesso em: 03 out. 2019].

¹⁰⁴ Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Artigo 7º – “Confidencialidade da mediação: 1. Dado que se pretende que a mediação decorra de uma forma que respeite a confidencialidade, os Estados-Membros devem assegurar que, salvo se as partes decidirem em contrário, nem os mediadores, nem as pessoas envolvidas na administração do processo de mediação sejam obrigadas a fornecer provas em processos judiciais ou arbitragens civis ou comerciais, no que se refere a informações decorrentes ou relacionadas com um processo de mediação, excepto”. UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>. Acesso em: 3 out. 2019.

protegem o sigilo profissional¹⁰⁵ e que punem a violação dessa obrigação de segredo¹⁰⁶. A divulgação de informações está apenas autorizada em caso de ofensa à ordem pública¹⁰⁷.

O princípio da decisão informada¹⁰⁸ consiste no direito das partes de receber todas as informações necessárias a respeito do conteúdo da composição que estiverem construindo¹⁰⁹. Ricardo Franco e Paulo Kohara esclarecem: “o princípio da decisão informada estabelece como condição de legitimidade para autocomposição a plena consciência das partes quanto aos seus direitos e a realidade fática na qual se encontram”¹¹⁰.

O princípio da boa-fé deve orientar a conduta dos participantes durante a escolha desse método de solução de conflito, o processo e, quando do término da mediação, na fase de cumprimento das obrigações assumidas, devendo as partes agir com honestidade e lealdade¹¹¹.

2.2.1 Autonomia da vontade: teoria da vontade e teoria da declaração

A vontade é elemento essencial do negócio jurídico. A doutrina debateu sua influência e relevância inclusive na conceituação do negócio jurídico.

A palavra autonomia deriva do grego *autonomia* (direito de se reger por suas próprias leis), aplicada para indicar precisamente a faculdade do indivíduo (ou instituição) em traçar as normas de sua conduta, sem sentir imposições restritivas de ordem estranha. Expressa, desse modo, independência¹¹².

Por sua vez, vontade, em seu sentido ordinário, significa “1. Faculdade de representar mentalmente um ato que pode ou não ser praticado em obediência a um impulso ou a motivos ditados pela razão; 2. Sentimento que incita alguém a atingir o fim proposto por

¹⁰⁵ Art. 7º, Lei de Mediação. O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador.

¹⁰⁶ Art. 154, Código Penal. Violação do segredo profissional. Art. 154 – Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa. Parágrafo único – Somente se procede mediante representação.

¹⁰⁷ Art. 30, § 3º, Lei de Mediação. Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

¹⁰⁸ O Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, em seu inciso segundo do art. 1º, do anexo III (Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça) estabelece: II – Decisão informada – dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido;

¹⁰⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 96.

¹¹⁰ FRANCO, Ricardo Cesar; KOHARA, Paulo Keishi Ichimura. Entre a lei e a voluntariedade: o modelo institucional de resolução extrajudicial de conflitos em defensorias públicas. **Revista da Defensoria Pública**. Ano 5, v. 1, pp. 81-101, 2012 *apud* SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem, mediação e conciliação**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 276.

¹¹¹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100.

¹¹² AUTONOMIA. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 251.

esta faculdade; aspiração; anseio; desejo”¹¹³. Também nesse sentido, De Plácido e Silva explica: vontade do latim *voluntas* (consentimento, vontade, ato de querer), de *velle* (querer, consentir), genericamente exprime a *faculdade de querer*, a *manifestação exterior de um desejo*, o propósito em fazer alguma coisa, intenção de proceder desta ou daquela forma”¹¹⁴.

Sob o ponto de vista jurídico, entretanto, o termo vontade pode ter dois sentidos. No primeiro, pode ser considerado o “objeto do querer”; o “querido”; o conteúdo do querer o escopo perseguido (usualmente a causa do negócio jurídico), “que assume ares de importância jurídica na medida em que é exteriorizado com a finalidade de produção em face da ordem legal”¹¹⁵. No outro sentido, tem o significado de faculdade, atividade do querer. Em seu verbete, De Plácido e Silva complementa:

“Juridicamente, a *vontade* revela a própria intenção, ou o *desejo* em se fazer alguma coisa. Corresponde, pois, à deliberação ou à resolução, intencionalmente tomada pela pessoa, a fim de que se tenha como consentido, na prática, ou na execução de um ato jurídico, de que se geram direitos, ou nascem obrigações. Assim, a vontade identifica-se com o próprio *consentimento*, sendo ato de volição que atribui às ações do homem o valor jurídico, de que necessitam para serem legítimas e produzirem os efeitos desejados”¹¹⁶.

A partir da teoria da vontade¹¹⁷, o negócio jurídico passou a ser entendido como “manifestação da vontade destinada a produzir efeitos”¹¹⁸. A base de toda a declaração juridicamente relevante passa a ser a existência e a perfeição da vontade. Esta passou a ser o pilar e a essência do negócio jurídico.

Sob a ótica da teoria da vontade, tanto a ação deve ser querida, quanto seus efeitos. O fundamento da vinculação negocial estaria na vontade do declarante dirigida aos efeitos gerados. Assim, ausente a vontade dos efeitos, não se poderia considerar a existência de um negócio jurídico.

A vontade era o verdadeiro elemento de existência do negócio jurídico. Nenhum efeito poderia ter o direito de ligar a uma declaração cujo conteúdo não correspondesse à vontade do declarante. A vontade livre, completa e conscientemente formada era o

¹¹³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

¹¹⁴ VONTADE. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 506-507.

¹¹⁵ MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. **O erro no negócio jurídico**: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011, p. 9.

¹¹⁶ VONTADE. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 506-507.

¹¹⁷ Defendida por Savigny, Windscheid, Mommsen, Puchta, Dernburg, Unger, Enneccerus e Oertmann. GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016 [Minha Biblioteca], p. 204.

¹¹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 80.

fundamento de eficácia de todo negócio jurídico, desprezando-se os interesses do declaratório e do tráfico jurídico¹¹⁹.

A autonomia da vontade está pautada na vontade real ou psicológica dos sujeitos e se liga à autodeterminação dos particulares. Ela considera aspectos psicológicos do declarante, assumindo, pois, um caráter subjetivista. No momento do liberalismo econômico e político, onde se encontra a gênese da moderna teoria do contrato e do direito dos contratos, a interpretação dos negócios jurídicos se pauta na soberania da vontade individual dos contratantes¹²⁰.

À vontade das partes é dada tanta importância que se chegou a “atribuir caráter normativo ao negócio jurídico, donde dizer que o negócio jurídico criaria normas jurídicas”¹²¹.

“Para os adeptos da concepção voluntarista, toda pessoa capaz tem o poder de formar, pela própria vontade exteriorizada, suas relações jurídicas, provocando o efeito que deseja. A declaração da vontade seria a causa determinante da consequência pretendida. Emitida conscientemente pelo agente, precisa ter como fim o nascimento, a modificação ou a extinção de uma relação jurídica”¹²².

Algumas críticas surgiram à teoria voluntarista. A principal delas incide sobre a consideração da vontade como essência e originária do negócio jurídico, dando à declaração pouca ou nenhuma importância.

A partir dessas críticas, surgiu a teoria da declaração, também denominada teoria objetiva, que procura desvincular a autonomia de qualquer referência imediata à vontade. Os doutrinadores defendem que a declaração deve prevalecer.

Desse modo, a declaração, uma vez feita, desprende-se do processo volitivo, adquirindo autonomia. É da declaração, e não da vontade, que surgem os efeitos. Trata-se de declarar para outra pessoa o objeto de seu querer, de modo que o negócio passasse a prescrever os interesses pessoais na relação com o outro, assumindo caráter de fato social. Nesse sentido, esclarece Emilio Betti:

“A vontade como facto psicológico meramente interno, é qualquer coisa em si mesma de incompreensível e incontrolável, que pertence unicamente ao foro interno da consciência individual. Só na medida em que se torna reconhecível no ambiente social, quer por declarações, quer por comportamentos, ela passa a ser um facto social, susceptível de interpretação e de avaliação por parte dos consociados. Somente declarações ou comportamentos são entidades socialmente reconhecíveis e,

¹¹⁹ MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. **O erro no negócio jurídico**: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011, p. 14.

¹²⁰ BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado** v. 57, jan.-mar. (versão digital), 2014, p. 70.

¹²¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 234.

¹²² GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. rev. e atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016 [Minha Biblioteca], p. 201.

portanto, capazes de poder construir objecto de interpretação ou instrumento de autonomia privada”¹²³.

Tanto a teoria da vontade quanto a teoria da declaração admitem a existência de dois elementos do negócio jurídico, quais sejam, a vontade e a declaração, divergindo tão somente quanto à prevalência de um ou de outro¹²⁴.

Em ambas as teorias a vontade é elemento componente dos negócios jurídicos e deve ser considerada em seu aspecto interno e externo, isto é, deve ser valorada com base na consideração da vontade interna (psicológica) do agente quando exteriorizada, podendo, a partir de sua manifestação, ser valorada no ordenamento jurídico.

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, a posição do direito brasileiro a respeito das influências sobre a declaração é equilibrada. A legislação ora abre campo para a pesquisa da vontade [psicológica], ora a restringe¹²⁵.

Por vezes confere maior preponderância à declaração de vontade do que à vontade interna do agente, conforme estabelece o art. 112 do Código Civil¹²⁶. Observa-se que a intenção mencionada no artigo acima não é a interna (a vontade enquanto processo de foro íntimo), mas, aquela que está consubstanciada, isto é, externada na declaração.

Os negócios jurídicos devem ser interpretados com base na vontade que objetivamente se infere da declaração. A vontade que serve de base à interpretação do negócio deve ter sido exteriorizada de forma a permitir sua análise objetiva. Interessante notar que o legislador alterou a forma de interpretar a formação do negócio jurídico com a redação dada pelo Código Civil de 2002, pois a norma vigente sob a égide do Código Civil de 1916 não continha a expressão “nelas consubstanciada”. Concluía-se, dessa forma, pela supremacia da vontade sobre a declaração.

Em relação ao erro, entretanto, o legislador preferiu manter a vontade psíquica como norte de interpretação. Estabelece o art. 138: “Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”.

¹²³ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v. 1. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 109.

¹²⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 82; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 234, NR 205.

¹²⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116.

¹²⁶ Art. 112, Código Civil. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

A partir da teoria da declaração, com a existência material e autônoma do negócio jurídico, foi possível a evolução do princípio da autonomia da vontade para o princípio da autonomia privada.

Vale destacar que apesar das distinções feitas neste trabalho, as expressões “autonomia da vontade” e “autonomia privada” são indiscriminadamente utilizadas como sinônimas, pela doutrina, legislação e jurisprudência, na designação do autorregramento da vontade^{127 128} das partes em uma relação negocial.

A teoria objetiva altera o enfoque do conceito de negócio jurídico deslocando-o da “declaração de vontade destinada a produzir efeitos” para “ato de autonomia privada que vincula o sujeito a ter uma conduta em conformidade com o regulamento particularmente criado”¹²⁹.

O negócio jurídico passou a ser tido como um meio concedido pelo ordenamento jurídico para autorregulamentação de seus interesses permitidos pelo sistema. Logo, a vontade somente podia ser exercida por causa e nos limites autorizados pelo ordenamento. Nesse sentido, esclarece Emilio Betti: a “competência dispositiva dos particulares deriva do facto de a ordem jurídica reconhecer e sancionar uma autonomia, que os próprios particulares já realizaram no terreno social, nas relações entre eles”¹³⁰.

Houve, portanto, uma mitigação do conceito de autonomia da vontade, passando do enfoque da vontade interna e psicológica do declarante para a ideia de autorregulamentação dos interesses e dos efeitos no negócio jurídico estabelecido entre as partes.

A autonomia privada, que é um “poder normativo”, ou seja, o poder “que o ordenamento outorga ao indivíduo, permitindo-lhe a criação de normas vinculantes, de conteúdo negocial, capazes de provocar efeitos jurídicos pela prática de atos de diversas espécies”¹³¹.

¹²⁷ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda indica que é imprópria a utilização da palavra autonomia em razão de sua etimologia (*auto* = própria e *nomia* = norma). PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** – negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova. t. III. Atualizada por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012, p. 111.

¹²⁸ Marcos Bernardes de Mello prefere a expressão também utilizada por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 233, NR 204.

¹²⁹ MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. **O erro no negócio jurídico**: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011, p. 16.

¹³⁰ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v.1. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 101.

¹³¹ ABREU FILHO, José de. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva 1997, p. 41.

A autonomia privada é, portanto, (i) o fundamento da ação jurídico-privada; e, também, (ii) um poder normativo, pelo qual se formam e são criados os negócios jurídicos, atos através dos quais os particulares exercitam sua liberdade de regular seus interesses¹³².

Com base no positivismo defendido por Hans Kelsen¹³³, alguns autores afirmam que os contratantes têm, portanto, a “ampla liberdade para estipular o que lhes convenha, fazendo assim do contrato verdadeira norma jurídica”¹³⁴. Essa posição, entretanto, é combatida por parte da doutrina¹³⁵.

Antônio Junqueira de Azevedo entende que a norma jurídica pressupõe um “comando” de um agente *super partes*, que o negócio jurídico não possui, por ser *inter partes*¹³⁶ e afirma, ao citar Emilio Betti, que “o conteúdo do negócio é ‘elevado a preceito jurídico’ por um processo de recepção do ordenamento, mas esse conteúdo, por si só, não é preceito jurídico”¹³⁷.

Marcos Bernardes de Mello esclarece que as normas jurídicas incidem sobre fatos e, como consequência, cria fatos jurídicos. Para esse autor, o negócio jurídico é “apenas um fato jurídico, resultante, portanto, da incidência de normas jurídicas”¹³⁸. O negócio jurídico somente aplica normas jurídicas do ordenamento e não cria fatos jurídicos¹³⁹.

A amplitude do poder de autorregramento dos interesses varia em razão da especificidade das disposições da norma jurídica. Destarte, “quanto maior a indeterminação das normas jurídicas, maior a autonomia da vontade e, inversamente, quanto menor a indeterminação, menor a autonomia”¹⁴⁰. Se, portanto, a norma não define expressamente os direitos/deveres, pretensões/obrigações, ações e exceções, às partes é facultado utilizar os negócios jurídicos prescritos no ordenamento jurídico (negócios jurídicos típicos) ou estabelecer novas espécies de negócios, desde que não sejam incompatíveis com o ordenamento vigente¹⁴¹.

¹³² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 248.

¹³³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 285.

¹³⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 9.

¹³⁵ Antônio Azevedo Junqueira cita em sua obra Emilio Betti, Cariota Ferrara, Scognamiglio, Castro y Bravo. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13, NR 23 e 24.

¹³⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 12.

¹³⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13.

¹³⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 252.

¹³⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 252.

¹⁴⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 249.

¹⁴¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 249.

Absorvendo as influências dos valores ético-sociais e transpondo o formalismo exacerbado e os aspectos puramente patrimonialistas que prevaleceram no direito civil do século passado, a autonomia privada se consolida através do direito positivo. A liberdade de convencionar passa a ser considerada em conjugação com outros preceitos, a fim de evitar abusos, injustiças, inseguranças às contrapartes, a terceiros e à sociedade. Nesse sentido, explica Judith Martins Costa: “os princípios da autonomia privada, boa-fé, confiança e autorresponsabilidade estão sempre em interdependência escalonada”¹⁴².

2.2.2 A incidência do princípio da autonomia privada na mediação

Como já elucidado, a mediação é um processo autocompositivo através do qual as partes envolvidas responsabilizam-se pela decisão gerada, tendo a figura de um terceiro (mediador) facilitador do diálogo e conseqüentemente da solução do conflito. As partes assumem o papel de protagonistas da solução do conflito¹⁴³.

Esse terceiro que atua nos processos de mediação não possui qualquer poder decisório, nem pode interferir na negociação, de forma a demonstrar seu posicionamento, ou sugerir possibilidades para a resolução do conflito. Sua atuação no processo de mediação é no sentido de auxiliar as partes na retomada da comunicação, com a finalidade de restaurar a relação.

Ao mediador “é vedado orientar sobre questões de seu conhecimento profissional específico diverso da mediação”¹⁴⁴. O processo decisório compete, portanto, exclusivamente às partes envolvidas na controvérsia.

O processo decisório não deve ser entendido como a chegada ao acordo em si, mas como todo o processo que envolve a mediação. Assim, a mediação tem como um dos seus princípios fundamentais o princípio da autonomia das partes.

As normas que tratam dessa liberdade das partes mencionam o princípio da autonomia da vontade, entretanto, isso deve ser considerado como autonomia privada ou autorregramento, nos termos já elucidados nesse trabalho.

¹⁴² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 248.

¹⁴³ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos E.U.A.**: condições, desafios e limites para institucionalização da mediação no judiciário. (coord.). Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 17; FOLGER, Joseph P.; BRAGA NETO, Adolfo; BARROS, Julia. Mediação transformativa: preservando o valor único da mediação em contexto de disputa. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 51, pp. 439-459, out.-dez.2016 DTR\2016\24742. São Paulo: RT, 2016 [versão eletrônica], p. 2.

¹⁴⁴ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos E.U.A.**: condições, desafios e limites para institucionalização da mediação no judiciário. (coord.). Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 104; PRÜTTING, Hans. La diferencia entre juez conciliador, mediator y Componedor de conflictos. **Revista de Processo**. v. 272, pp. 441-452, out. 2017, DTR\2017\5944. São Paulo: RT, 2017 [versão eletrônica], p. 5.

O princípio da autonomia da vontade está previsto no art. 166 do Código de Processo Civil¹⁴⁵, no art. 2º da Lei 13.140/2015¹⁴⁶ e, ainda, na Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que em seu art. 2º, inciso II, do anexo III (Código de Ética) estabelece:

“II – Autonomia da vontade – dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que *cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva*, com liberdade para *tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo* e de *interrompê-lo* a qualquer momento;” (grifos nossos)

O autorregramento é um elemento essencial para o desenvolvimento da mediação. A Lei de Mediação traz diversos dispositivos que corroboram a autonomia das partes. É na mediação extrajudicial que ela atinge sua maior amplitude. Através da autonomia privada as partes poderão decidir se participarão da mediação, quem será o mediador, quais serão as regras que nortearão o procedimento, os temas que serão abordados, ou seja, a respeito do que realmente estão dispostos a conversar. E, ainda, poderão, a qualquer momento, optar pela interrupção ou até mesmo pela finalização do processo de mediação.

As partes, assim, podem decidir o meio de solução de seu conflito avaliando sobre seu início, objeto e término¹⁴⁷.

A autonomia privada manifesta-se antes mesmo de haver um conflito. As partes podem estabelecer que eventual conflito surgido em decorrência de uma relação jurídica venha a ser solucionado através de mediação.

Segundo a legislação brasileira, a mediação poderá ser extrajudicial ou judicial¹⁴⁸. Na primeira hipótese ocorrerá se: (a) uma das partes tem interesse em sua realização e convida a outra à mediação; ou (b) o contrato celebrado pelas partes já contém disposição quanto à obrigatoriedade de se tentar a autocomposição por mediação em caso de conflito. Já a mediação judicial ocorre dentro do processo judicial e é imposta pela lei. Ela é oferecida aos

¹⁴⁵ Art. 166, Código de Processo Civil. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

¹⁴⁶ Art. 2º, Lei de Mediação. A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I – imparcialidade do mediador; II – isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; V – autonomia da vontade das partes; VI – busca do consenso; VII – confidencialidade; VIII – boa-fé.

¹⁴⁷ CAPONI, Remo. Just settlement or just about settlement? Mediated agreements: a comparative view of the basics. **Revista de Processo Comparado**. v. 9, pp. 17-44, jan.-jun. 2019, DTR\2019\35307, São Paulo: RT, 2019 [versão eletrônica], p. 1.

¹⁴⁸ Elidete Mattos Ávila esclarece: “A mediação extrajudicial acontece anterior a um procedimento judicial, ou seja, antes de entrar com processo judicial as pessoas se dirigem a um mediador, o qual atua como facilitador da comunicação, numa perspectiva de cooperação e comunicação direta. O objetivo maior é a prevenção do contencioso, preparando, se possível um acordo. No caso de composição, a intervenção judicial acontece para efeitos de homologação e segurança jurídica”. Já “a mediação judicial incide no processo já instaurado e em andamento. Diante de um litígio, o juiz propõe que as partes envolvidas resolvam amigavelmente suas controvérsias com o auxílio de uma terceira pessoa, imparcial e qualificada, denominada mediador. Mesmo dentro do espaço legal, a mediação é procedimento voluntário, que não deve ser imposta, preservando-se a confidencialidade nos assuntos tratados”. ÁVILA, Elidete Mattos. Mediação judicial e extrajudicial: aspectos sociais e jurídicos. **Revista dos Tribunais**. v. 916, pp.189-204. São Paulo: RT, fev. 2012, DTR\2012\76 [versão eletrônica], p. 2.

litigantes se a petição inicial preencher todos os requisitos.

É preciso observar que nem sempre o início do processo de mediação, ainda que extrajudicial, é voluntário. Apesar de a Lei de Mediação estabelecer em seu art. 2º, § 2º, que “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”, tem-se que as partes não estão dispensadas do comparecimento à primeira sessão de mediação¹⁴⁹. Caso a parte convidada não compareça, as sanções estão previstas no art. 22, § 2º, IV¹⁵⁰. Neste caso, a Lei de Mediação busca incentivar as partes para que tentem solucionar seus problemas através da mediação e se responsabilizem pela decisão anteriormente tomada (mediante autonomia privada) de se submeter à mediação. A forma encontrada foi impor o comparecimento à primeira reunião, ainda que para dizer que não pretendem mediar. A não obrigatoriedade de permanência na mediação também respeita o princípio da autonomia privada dos mediandos.

Outro ponto em que a autonomia privada é destacada é na escolha do mediador. A Lei de Mediação, já na definição de mediação no art. 1º, parágrafo único¹⁵¹ e art. 4º¹⁵², estabelece que o mediador será escolhido ou aceito pelas partes. O art. 168 do Código de Processo Civil também permite a livre escolha do mediador pelas partes na mediação judicial. Se não houver acordo, poderá ser livremente distribuído entre mediadores previamente cadastrados. No caso de distribuição, as partes podem recusar o árbitro designado em procedimento institucional ou judicial¹⁵³ somente em casos de impedimento e suspeição¹⁵⁴. Neste caso, há uma limitação na autonomia das partes em escolher o mediador.

A Lei de Mediação, em seu art. 15¹⁵⁵, admite que as partes ou o mediador, com a anuência daquelas, poderão indicar outros mediadores para conduzirem o mesmo procedimento quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito.

Escolhido o mediador, sua remuneração e a forma de pagamento deverá ser livremente acordada com as partes. Na falta de tal estipulação, a doutrina aconselha que na

¹⁴⁹ Art. 2º, § 1º, Lei de Mediação. Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

¹⁵⁰ Art. 22, § 2º, IV, Lei de Mediação. O não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

¹⁵¹ Art. 1º, Lei de Mediação. Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

¹⁵² Art. 4º, Lei de Mediação. O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.

¹⁵³ Art. 5º, Parágrafo único, Lei de Mediação. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser *recusado por qualquer delas*. (grifos nossos)

¹⁵⁴ Art. 25, Lei de Mediação. Na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o disposto no art. 5º desta Lei.

¹⁵⁵ Art. 15, Lei de Mediação. A requerimento das partes ou do mediador, e com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito.

mediação extrajudicial os custos ficarão a cargo daquele que teve a iniciativa da mediação¹⁵⁶.

Quanto ao procedimento, “as previsões devem ser entendidas mais como regras de orientação, com caráter sugestivo, e para facilitar a fruição dos acontecimentos, do que impositivas a formalidades preestabelecidas”¹⁵⁷. Essa conclusão pode ser retirada da análise desse dispositivo em conjunto com o art. 166, § 4º do Código de Processo Civil segundo o qual as partes poderão estabelecer livremente as regras procedimentais¹⁵⁸.

O início do procedimento de mediação, evidentemente, depende da presença do mediador e das partes em data, horário e local designados. A ausência de qualquer das partes poderá acarretar as consequências advindas da Lei de Mediação e do Código de Processo Civil abordadas em outros itens do presente trabalho (art. 22, § 2º, IV da Lei de Mediação¹⁵⁹; art. 334, § 8º, do Código de Processo Civil¹⁶⁰). É recomendado elaborar e assinar documento consignando a ausência de uma ou de ambas as partes.

Tanto o Código de Processo Civil¹⁶¹ quanto a Lei de Mediação¹⁶², com nuances na redação, determinam que o procedimento de mediação judicial poderá ter mais de uma sessão e deverá ser concluído em até 2 (dois) meses, contados da primeira sessão, salvo com a concordância das partes em prorrogá-lo. Aqui novamente, o legislador dá autonomia às partes para decidirem sobre o procedimento.

Relativamente à mediação extrajudicial, contudo, não há a limitação acima, de tal sorte que as sessões poderão perdurar por mais tempo, ou seja, até se encontrar a solução para o conflito ou se chegar à conclusão de que a mediação não será possível (art. 20, *caput*, Lei de Mediação¹⁶³).

Em relação ao conteúdo, a mediação poderá versar sobre a totalidade do conflito ou somente parte dele. Nota-se aqui que a abrangência é maior que no processo judicial e que

¹⁵⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 105.

¹⁵⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 105.

¹⁵⁸ Art. 166, § 4º, Código de Processo Civil: A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

¹⁵⁹ Art. 22, §2º, IV, Lei de Mediação. O não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

¹⁶⁰ Art. 334, § 8º, Código de Processo Civil. O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

¹⁶¹ Art. 334, § 2º, Código de Processo Civil. Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

¹⁶² Art. 28, Lei de Mediação. O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação.

¹⁶³ Art. 20, Lei de Mediação. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

as partes têm autonomia para estabelecer os limites do que será discutido.

Com isso, observa-se que a autonomia das partes deve ser respeitada, permitindo um ambiente favorável para os interessados definirem assuntos de seu interesse e construírem a solução de seu conflito¹⁶⁴. Em nenhuma hipótese as partes podem ser coagidas a tomar qualquer atitude durante o processo de mediação, sob pena de nulidade, em razão da afronta direta ao princípio da autonomia privada.

Conforme mencionado, a mediação prevê isonomia entre as partes, que se manifesta através de: a) tratamento isonômico das partes, decorrente da imparcialidade do mediador; e b) isonomia em sua capacidade de negociar.

Como dito, uma das funções do mediador é eliminar obstáculos, provendo as partes com a segurança necessária para negociar em iguais condições. Aqui busca-se a real essência da autonomia privada, ou seja, a liberdade individual, que abrange nos seus conceitos a ideia de configuração sob a própria responsabilidade da vida e da personalidade.

A mediação reestabelece a isonomia das partes e permite, assim, o resgate do cerne do negócio jurídico, isto é, o estabelecimento de normas jurídicas individuais (autorregramento) para regulamentar seus próprios interesses.

As únicas restrições existentes e que limitarão a autonomia privada são os casos de imposições legais, como também as questões de ordem pública e bons costumes. Excluídas essas situações, as partes têm a total liberdade para desenvolver e construir a melhor solução para o problema que estão enfrentando.

Os princípios de autonomia privada e da isonomia presentes no processo de mediação devem também constar quando da negociação da cláusula de mediação, como requisitos de validade, conforme será analisado oportunamente.

¹⁶⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 2º. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.). **Lei de mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 13.

3 A CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO COMO NEGÓCIO JURÍDICO

3.1 Conceito de negócio jurídico

O negócio jurídico surge na pré-história. Apresenta-se como um modelo de comportamento humano, uma forma de os homens se relacionarem, como acontece com a linguagem e na convivência social. As sociedades, ainda que rudimentares, apresentam determinados modelos de comportamento que são atitudes jurídicas¹⁶⁵.

A história do direito demonstra que há certos padrões de comportamentos socialmente reconhecidos como jurídicos. Por vezes são pronunciadas palavras sacramentais, feitos gestos estereotipados, entregues títulos ou objetos. E as pessoas que vivem naquela sociedade sabem o que é jurídico¹⁶⁶.

O negócio jurídico é, assim, um ato socialmente visto como destinado a produzir efeitos jurídicos e sua existência está intimamente ligada à cultura de cada povo.

A sistematização do negócio jurídico como conhecida atualmente, entretanto, é relativamente nova. Nem juristas medievais, nem os jusnaturalistas chegaram a essa conquista. Os doutrinadores da pandectista alemã do século XIX é que conseguiram dar um passo decisivo na criação da figura do negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*)¹⁶⁷.

Portanto, o conceito de negócio jurídico foi formulado sob a inspiração do estado liberal, pautado pelas ideias político-filosóficas dos séculos XVIII e XIX que exaltavam as liberdades individuais e a propriedade privada. O negócio jurídico era um “instrumento de realização da vontade individual, respaldando uma liberdade contratual que se queria praticamente sem limites”¹⁶⁸.

Os autores voluntaristas entendem o negócio jurídico como um ato de vontade destinado a criar, modificar ou extinguir efeitos jurídicos. Eles definem o negócio pela vontade individual do agente; alguns mencionam vontade de efeitos práticos ou ato de consonância com a vontade do agente¹⁶⁹.

¹⁶⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 4.

¹⁶⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 6.

¹⁶⁷ SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico” **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan.-abr. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=119856> Acesso em: 18 set. 2019, p. 3; VELOSO, Zeno. Fato jurídico – ato jurídico – negócio jurídico. **Revista de Informação Legislativa**. v. 32, n. 125, pp. 87-95, jan.-mar., 1995. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176311/000495714.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 set. 2019, p. 88.

¹⁶⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 233.

¹⁶⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, NR 11.

Parte da doutrina brasileira¹⁷⁰ define o negócio jurídico como ato de vontade do agente que visa certos efeitos (jurídicos ou práticos).

O direito evolui com a sociedade e surge a teoria da declaração (objetivista). Os autores objetivistas entendem que o negócio jurídico deriva de um “poder normativo”, concedido pelo ordenamento denominado autonomia privada. Corroborando esse entendimento, Hans Kelsen afirma:

“na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe são subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por vias legislativas ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial”¹⁷¹.

A visão do negócio jurídico como ato socialmente destinado à produção de efeitos jurídicos, entretanto, difere da noção da doutrina individualista (voluntarista) que traz o negócio jurídico como ato de vontade. Difere, também, da visão do positivismo jurídico, que traz o negócio jurídico como instrumento da autonomia privada¹⁷².

Nos sistemas jurídicos fundamentados na lei, o ordenamento prescreve a ocorrência de determinados fatos, delineando a figura do fato (*facti species*, em latim)¹⁷³. A lei descreve somente as linhas basilares consideradas necessárias e suficientes para a atribuição de efeitos. Assim, a figura legal do fato ou hipótese legal do fato é o conjunto de traços que a norma jurídica emprega para caracterizar uma situação concreta¹⁷⁴.

Quando da ocorrência de um fato previsto em lei, esta incide sobre aquele, desconsiderando aquilo que não interessa ao direito e tomando para entrada no mundo jurídico somente o que estava na descrição da figura do fato.

Nesse sentido, explica Emilio Betti:

“a norma jurídica tem a estrutura de um preceito hipotético, isto é, condicionado que consta de uma previsão e de uma disposição correspondente. Quer dizer, com ela, a) prevê-se, em abstracto e em geral, uma dada hipótese de facto ou *fatispécie*, e b) dispõe-se que sempre que se verifique essa *fatispécie*, deverá produzir-se um efeito jurídico correspondente”.

¹⁷⁰ Antônio Junqueira de Azevedo cita como adeptos dessa corrente Clóvis Beviláqua, João Franzen de Lima, Washington de Barros Monteiro, Silvio Rodrigues. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5.

¹⁷¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 285.

¹⁷² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 10.

¹⁷³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 12.

¹⁷⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 13.

A figura do fato (também denominada hipótese legal do fato) encontra-se na norma jurídica e o suporte fático na realidade. O suporte fático é um conceito do mundo dos fatos e não do mundo jurídico. Somente depois de concretizados todos os elementos que o compõe no plano da realidade, acontece a incidência da norma, tornando o fato jurídico¹⁷⁵.

O fato jurídico¹⁷⁶ é um fato do mundo real sobre o qual incide a norma jurídica determinando a entrada do fato no mundo jurídico.

O negócio jurídico é uma espécie de fato jurídico¹⁷⁷.

Antônio Junqueira de Azevedo define o negócio jurídico como um “fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos

¹⁷⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 83; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

¹⁷⁶ A norma jurídica atua sobre fatos que uma sociedade entende como relevantes e lhes atribui a função de gerar consequências específicas denominadas efeitos jurídicos. A norma jurídica, portanto, adjetiva alguns fatos, dando-lhes característica que os torna uma espécie distinta dos demais fatos: o fato jurídico (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 43). Zeno Veloso destaca que o mesmo fato pode ser ou não jurídico, se tiver gerado, ou não, consequências jurídicas e cita como exemplo um período de seca. Pode ser a seca um fato natural, simplesmente. Entretanto, se ela causar vítimas, matar o gado, destruir a lavoura e determinar a migração de pessoas, é um fato jurídico. Segundo esse autor, fatos jurídicos (*lato sensu*) são acontecimentos naturais ou ações humanas que produzem consequências jurídicas. São, assim, acontecimentos, previstos em normas jurídicas, que criam, modificam, fazem subsistir e extinguem relações jurídicas. Os fatos jurídicos decorrentes de acontecimentos naturais (também denominado fato natural) são denominados fatos jurídicos *stricto sensu* e se classificam em ordinário (p. ex. nascimento, maioridade, morte, decurso do tempo) e extraordinário (caso fortuito e força maior). Os fatos jurídicos decorrentes da conduta humana são denominados também fato humano. Os fatos jurídicos decorrentes de manifestação de vontade do declarante e que estão em conformidade com o ordenamento jurídico são denominados atos jurídicos *lato sensu* (ato jurídico lícito). Por sua vez, os atos jurídicos *lato sensu* classificam-se em atos jurídicos *stricto sensu* (também denominados atos jurídicos não negociais) e negócios jurídicos. No ato jurídico em sentido estrito, a atitude humana é somente o suporte fático que faz com que o fato entre no mundo jurídico. Aqui não existe regulamentação da autonomia privada, mas uma determinação do ordenamento jurídico que fixa as consequências sem considerar a vontade de resultado do declarante. Já no negócio jurídico a vontade tem maior intensidade. O declarante manifesta a vontade e tal manifestação tem a força de estabelecer termos, encargos e condições que permitem dar ao fato jurídico o sentido almejado pelo interessado, ou seja, os efeitos por ele queridos. Há ainda uma outra figura: o ato ilícito. Nesse caso, a conduta humana está em desacordo com a norma jurídica, lesando o direito de outrem e, portanto, gerando deveres e responsabilidade ao causador do dano. (Sobre o conceito e classificação de fatos jurídicos, atos jurídicos, negócios jurídicos e atos ilícitos, ver também: DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 428; PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil. teoria geral de direito civil. v. 1. 31. ed. Atualizado por Maria Celina Moraes [Minha Biblioteca], 2018, p. 410; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** – parte geral. v.1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 170; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** – introdução. Pessoas físicas e jurídicas. t. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, pp.74-116; VELOSO, Zeno. Fato jurídico – ato jurídico – negócio jurídico. **Revista de Informação Legislativa**. v. 32, n. 125, pp. 87-95, jan.-mar., 1995. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br>. Acesso em: 18 set. 2019, p. 87). O direito anglo-saxão diferencia *act in the law* de *act of the law*. A definição de *act in the law*, segundo o dicionário Black’s Law, assemelha-se à definição de negócio jurídico. *Act in the law* – *An act that is intended to create, transfer or extinguish a right and that is effective in the law for that purpose; the exercise of a legal power* [um ato destinado a criar, transferir ou extinguir um direito e que é eficaz segundo lei para essa finalidade; o exercício de um poder legal], sendo que *act of the law* significa *The creation, extinction, or transfer of a right by the operation of the law itself, without any consent on the part of the persons concerned* [A criação, extinção ou transferência de um direito pelo funcionamento da própria lei, sem qualquer consentimento das pessoas envolvidas] assemelhando-se à definição de ato jurídico *stricto sensu* [tradução nossa]. GARNER, Bryan A. *et al* (edit) **Black’s law dictionary**. 7. ed. St. Paul (MN): West Group, 1999.

¹⁷⁷ Segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “a pessoa manifesta ou declara a vontade; a lei incide sobre a manifestação ou a declaração, ou as manifestações ou as declarações de vontade; o negócio jurídico está criado: a declaração ou manifestação, declarações ou manifestações de vontade fazem-se jurídicas; entram no mundo jurídico; o mundo jurídico recebe-as, apropria-se delas”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** – introdução. Pessoas físicas e jurídicas. t. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 91.

designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”¹⁷⁸.

Segundo Marcos Bernardes de Mello,

“negócio jurídico é fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quando do seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico”¹⁷⁹.

Ambos doutrinadores destacam que o negócio jurídico consiste em uma declaração de vontade pela qual as partes contratantes escolhem os efeitos por elas pretendidos dentro dos limites determinados por normas jurídicas.

Sob esse prisma, o negócio jurídico é a declaração de vontade emitida pelas partes com o intuito de se obter um efeito reconhecido pelo ordenamento jurídico, respeitados os limites determinados por suas normas.

A declaração de vontade, também denominada declaração negocial¹⁸⁰, é o suporte fático do negócio jurídico. Essa declaração, entretanto, tem características específicas para obter os efeitos jurídicos queridos pelo agente. A declaração de vontade confunde-se com o próprio negócio¹⁸¹.

O “agente deve atuar dentro de moldes socialmente reconhecíveis como aptos a produzir efeitos jurídicos. É a sociedade que lhe fornece esses moldes, e não, a sua vontade”. Assim, essa declaração negocial distingue-se das demais, “não pela vontade do agente, e sim, pelo modelo social de atitude em que está vertida”. A declaração de vontade, no negócio jurídico, é, portanto, um fato objetivo, uma declaração socialmente qualificada¹⁸².

¹⁷⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

¹⁷⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 254.

¹⁸⁰ Em sua obra **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia, Antônio Junqueira de Azevedo traz a denominação declaração de vontade. Em obra posterior (**Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial), o autor evolui em seu pensamento e traz a expressão “declaração negocial” esclarecendo que “a aposição do adjetivo ‘negocial’ torna unitário o conceito de declaração de vontade; passa-se a entender, por ele, um fato objetivo, simplesmente, sem necessidade de colocar a vontade, a vontade interna, psicológica, em nível de igualdade com a declaração e de se discutir qual o elemento que prevalece em caso de divergência”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986.

¹⁸¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 117.

¹⁸² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, pp. 20-22.

A partir desse ponto de vista, da declaração negocial ser caracterizada por ser socialmente reconhecível como jurídica, pode haver (em casos extremos) declaração de vontade, sem vontade¹⁸³.

O negócio jurídico, portanto, é uma declaração de vontade do agente socialmente apta a produzir efeitos, qualificados pelas normas como relevantes, considerados jurídicos.

Essa visão de declaração negocial e, conseqüentemente, de negócio jurídico está em consonância com a teoria da confiança, também denominada teoria do crédito social. É um abrandamento da teoria da declaração, que confere primazia da declaração sobre a vontade sob o fundamento de que o direito deve visar antes à certeza que à verdade. Essa teoria prestigia a vontade aparente da declaração¹⁸⁴.

Referida teoria tutela o interesse individual de quem acredita numa declaração de vontade. “É fora de dúvida, porém, que a proteção dispensada aos que contratam confiantes numa declaração de vontade aparentemente consciente concorre para a estabilidade das relações jurídicas – estabilidade que constitui, obviamente, interesse social”¹⁸⁵. O que se visa proteger é a legítima confiança de que aquilo que foi prometido será cumprido.

Essa teoria embasa atualmente o direito pátrio, como pode ser observado no art. 112 do Código Civil¹⁸⁶ que introduziu a expressão “intenção nela consubstanciada”¹⁸⁷. E é também reforçada pela disposição do art. 187 do mesmo Código¹⁸⁸.

3.2 Convenção de mediação privada

Inicialmente cabe ponderar que existem poucos estudos específicos sobre convenção de mediação, cláusula de mediação e compromisso de mediação. Assim, algumas vezes se utilizará a comparação, no que couber, com convenção arbitral, cláusula compromissória de arbitragem e compromisso arbitral, tendo em vista que a doutrina nacional e estrangeira debruçou-se mais sobre esses assuntos.

A convenção de mediação privada é a “previsão contratual realizada entre duas ou

¹⁸³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 21.

¹⁸⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016 [Minha Biblioteca], p. 205.

¹⁸⁵ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016 [Minha Biblioteca], p. 208.

¹⁸⁶ Art. 112, Código Civil. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

¹⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 251, NR 149.

¹⁸⁸ Art. 187, Código Civil. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

mais pessoas capazes, na qual fica estabelecido que as partes se comprometem a participar de um procedimento de mediação que verse sobre direito transacionável, existente, ou que venha a existir entre elas, precedentemente à tutela estatal ou arbitral”¹⁸⁹.

Não se deve confundir a convenção de mediação com a cláusula de cortesia. Esta é a previsão contratual “pela qual as partes estipulam que empreenderão conversações amigáveis, antes de buscarem outros meios disponíveis de solução de controvérsias, para resolver conflitos que venham a surgir atinentes à relação contratual existente entre elas”¹⁹⁰.

São chamadas de cortesia, pois referem-se a regras de boa convivência advindas do dever de cooperação, da boa-fé. Elas devem ser entendidas apenas como um dever geral de respeito aos compromissos assumidos pelas partes.

Essas cláusulas devem ser redigidas de forma genérica, com o comprometimento das partes em buscar esforços para uma solução amigável. As partes, por sua vez, devem ser cuidadosas com a linguagem utilizada nesse tipo de cláusula e evitar termos que possam dar margem à interpretação no sentido de submeter o conflito a meios de soluções de controvérsias proceduralmente estruturados¹⁹¹.

Diversamente da cláusula de cortesia, a convenção de mediação estabelece a obrigatoriedade de solucionar a controvérsia presente ou futura através da mediação.

A convenção de mediação privada é gênero da qual são espécies a cláusula de mediação e o compromisso de mediação. Essa classificação remete à ideia da convenção de arbitragem em sua divisão em cláusula e compromisso arbitral nos termos do art. 3º da Lei 9.307/1996¹⁹². Fernanda Rocha Lourenço Levy pondera que essa classificação é bastante útil, pois a cláusula e o compromisso possuem características próprias que os diferenciam, justificando, assim abordagem particularizada, principalmente em relação a seus efeitos¹⁹³.

A doutrina¹⁹⁴ distingue entre cláusula de mediação, que é a previsão feita no início da relação contratual para a solução de conflito que possa surgir no futuro, e compromisso de mediação, para as hipóteses nas quais já existe um conflito, contratual ou não, entre as partes.

¹⁸⁹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 171.

¹⁹⁰ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 168.

¹⁹¹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 171.

¹⁹² Art. 3º, Lei 9.307/1996. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

¹⁹³ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72.

¹⁹⁴ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 51; LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 184; BAPTISTA, Luiz Olavo. Cláusula compromissória e compromisso. *In: Doutrinas essenciais obrigações e contratos*. v. 6, pp. 977-988, jun. 2011, DTR\2012\1239, 2011, p. 2.

Há, portanto, uma diferença temporal relativamente ao surgimento do conflito.

Em relação à convenção de arbitragem, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em 2007, que a diferença entre as duas formas de acordo

“consiste no fato de que, enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato”¹⁹⁵.

A doutrina estrangeira também distingue cláusula de mediação e compromisso ou contrato de mediação destacando que seus objetivos são diferentes: “enquanto o objetivo principal de cláusulas de mediação é dar início à mediação em caso de conflito entre as partes, contratos de mediação visam esclarecer o relacionamento das partes e mediadores, bem como os direitos e obrigações de uns em relação aos outros” [tradução nossa]¹⁹⁶.

O compromisso de mediação, por sua vez, é o “contrato pelo qual as partes estabelecem que a gestão das controvérsias já existentes entre elas, que verse sobre direitos transacionáveis, será realizada por meio de mediação”¹⁹⁷.

A cláusula de mediação não é um requisito prévio para a existência de um compromisso. Havendo uma controvérsia, as partes poderão optar por resolver seu conflito por meio da mediação. No caso de haver uma cláusula, as partes apenas confirmarão sua opção pela mediação e poderão estabelecer regras eventualmente não aludidas na cláusula. Apesar de a cláusula de mediação e o compromisso terem objetivos diferentes, o conteúdo dos instrumentos pode, por vezes, se sobrepor. O compromisso definirá os termos e as condições da mediação, tais como (a) local onde acontecerão as reuniões, (b) se será institucional, (c) as regras aplicáveis.

Assim, esclarece Luis Fernando Guerreiro:

“o compromisso se mostra um meio idôneo para que as partes definam de qual modo o conflito entre elas será solucionado, indicando de que modo eventual terceiro neutro atuará e quais serão as consequências dessa atuação. (...) O compromisso pode servir de base para instituição de qualquer método de solução de controvérsias

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial. **SEC 1.210/GB 2006/0185918-6**, j. 20.06.2007, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 06-08-2007. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/>. Acesso em: 29 set. 2019, p. 444.

¹⁹⁶ “whereas the primary purpose of mediation clauses is to trigger mediation in the event of disputes between parties, agreements to mediate aim to clarify the relationship between parties and mediators, as well as their respective rights and obligations vis-à-vis one another”. ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation: legal perspectives**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 209.

¹⁹⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 189.

que as partes desejarem, ressalvadas as especificidades e as exigências legais de cada um”¹⁹⁸.

A lei não exige forma especial para o compromisso de mediação; ele poderá ser escrito ou verbal. Entretanto, pondera Fernanda Rocha Lourenço Levy que no âmbito de relações empresariais as partes utilizem a forma escrita¹⁹⁹.

O compromisso de mediação poderá ser judicial ou extrajudicial²⁰⁰, dependendo da existência ou não de processo relativo à controvérsia.

No caso de compromisso judicial, poderá ser celebrado por termo nos autos ou por instrumento firmado entre as partes e levado a juízo juntamente com o pedido de suspensão do processo²⁰¹.

O Código Civil e a Lei de Mediação não estabeleceram requisitos necessários à celebração de um compromisso de mediação²⁰². Segundo Luis Fernando Guerreiro²⁰³, é “intuitivo que tal instituto siga as regras gerais do contrato, vigendo também aqui o princípio da autonomia da vontade, tendo como referência os elementos indispensáveis e facultativos do compromisso arbitral estabelecidos pela Lei de Arbitragem”²⁰⁴.

Geralmente os ordenamentos jurídicos não possuem requisitos ou formalidades específicas para os compromissos de mediação. Os instrumentos devem conter os requisitos exigidos pelo direito privado para que o contrato seja vinculante e executável²⁰⁵.

A outra espécie de convenção de mediação é a cláusula de mediação. Diversamente da arbitragem, em que o legislador definiu a cláusula compromissória no art. 4º

¹⁹⁸ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 46.

¹⁹⁹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 191.

²⁰⁰ Art. 851, Código Civil. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

²⁰¹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 190.

²⁰² Fernanda Levy elenca em sua obra os requisitos que entende essenciais ao compromisso de mediação, sendo que muitos deles constam da Lei de Arbitragem e recomenda que do compromisso constem “agenda de trabalho, possibilidade de reuniões privativas, regras sobre a participação dos advogados e a possibilidade de consulta de peritos durante a mediação”. LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 191-192.

²⁰³ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 47.

²⁰⁴ Art. 10, Lei de Arbitragem. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I – o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II – o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III – a matéria que será objeto da arbitragem; e IV – o lugar em que será proferida a sentença arbitral. Art. 11, Lei de Arbitragem. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: I – local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III – o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; V – a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e VI – a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros. Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

²⁰⁵ ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation: legal perspectives**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 210.

da Lei de Arbitragem²⁰⁶, a Lei de Mediação e o Código de Processo Civil são omissos quanto à definição da cláusula de mediação. Assim, coube à doutrina tal conceituação.

Segundo Fernanda Rocha Lourenço Levy, cláusula de mediação é a estipulação pela qual “as partes se comprometem a submeter eventual conflito que venha surgir entre elas, à mediação, como meio de composição amigável”²⁰⁷.

Normalmente, cláusulas de mediação determinam o método pelo qual eventuais futuros conflitos advindos da relação contratual serão conduzidos. Cláusulas de mediação inseridas em contatos envolvendo partes de países diferentes podem incluir também informações relativas à forma pela qual a mediação será conduzida, como será a indicação de mediadores, local, custas, prazos, legislação aplicável e idioma pelo qual será conduzido o procedimento²⁰⁸.

A cláusula de mediação não representa um acordo sobre o mérito do litígio, mas uma concordância de vontades acerca de um método de solução de controvérsias²⁰⁹.

Usualmente, a cláusula de mediação está inserida em um outro negócio jurídico, assim, sua existência pressupõe a de um outro contrato, tido, por vezes, como contrato principal²¹⁰. A doutrina, entretanto, defende que a cláusula de mediação é autônoma em relação ao contrato subjacente²¹¹.

Outros países também enfrentaram esse questionamento e concluíram que a cláusula de mediação é autônoma.

“Drawing on analogies with arbitration clauses common law commentators, lawyers and courts contend the principle of severability in relation to arbitration clauses can be extended to other dispute resolution clauses. In practice this means that mediation clauses are interpreted as separate agreements arising out of the main contract. They are viewed as ancillary to the primary contract and therefore stand on their own, surviving primary contracts that may have been terminated, rescinded, void or even declared void ab initio”²¹².

²⁰⁶ Art. 4º, Lei de Arbitragem. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

²⁰⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 185.

²⁰⁸ ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation**: legal perspectives. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 174.

²⁰⁹ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 43.

²¹⁰ Art. 92, Código Civil. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal.

²¹¹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 187.

²¹² Fazendo analogias com cláusulas [compromissórias] de arbitragem, doutrinadores, advogados e a jurisprudência sustentam que o princípio da autonomia [das cláusulas contratuais] aplicável à cláusula de arbitragem pode ser ampliado para outras cláusulas de solução de conflitos. Na prática, isso significa que cláusulas de mediação são interpretadas como contratos separados do contrato principal. São consideradas auxiliares do contrato principal e, assim, existem por si, subsistindo aos contratos principais que foram resolvidos, rescindidos, anulados ou declarados nulos [tradução nossa]. ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation**: legal perspectives. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 188.

A autonomia da cláusula compromissória arbitral está expressamente prevista na Lei de Arbitragem²¹³, entendimento que pode ser utilizado para a cláusula de mediação.

Na jurisprudência estrangeira, já foi decidido sobre a autonomia da cláusula de mediação. A legislação alemã²¹⁴ determina que se o contrato for declarado inexistente ou de outra inexecutável, isto não implica que automaticamente a cláusula de mediação tenha o mesmo destino. Assim, elas podem ser consideradas autônomas ainda que o contrato no qual estão inseridas seja considerado inválido²¹⁵.

Ao comentar a autonomia da cláusula de arbitragem, Giovanni Ettore Nanni explica:

“acessoriedade pressupõe dependência, o que não é o caso em relação à cláusula compromissória. Sendo assim, ela não obedece à regra de que o acessório segue o principal, mesmo porque a extinção do contrato – pelo término de vigência, por exemplo – em que foi incluída não lhe acarreta o mesmo efeito. [...] mesmo com a extinção do contrato, e a consequente cessação de seus efeitos obrigacionais principais, é possível que só nesse momento surja uma controvérsia entre as partes, o que dispararia o gatilho para outorgar eficácia à cláusula compromissória”²¹⁶.

Nesse sentido, esclarece também Francisco José Cahali:

“Com características e exigências próprias, o objeto do contrato principal (por exemplo, a franquia, a compra e venda, a prestação de serviço, etc.) será analisado e cumprido. Se houver algum vício ou irregularidade, de acordo com sua gravidade, o contrato pode ser invalidado. Porém, perfeita a cláusula compromissória, esta permanece íntegra, como resultado do desejo dos contratantes em submeter o conflito, inclusive com relação aos defeitos do contrato, ao juízo arbitral”²¹⁷.

Alguns casos de invalidade do contrato principal são também aplicáveis à cláusula de mediação, como capacidade dos contratantes e ilicitude do objeto²¹⁸, tendo em vista que também são requisitos da cláusula em si.

A autonomia da cláusula permite, inclusive, que as partes solucionem a questão da invalidade do contrato principal no âmbito da mediação, sem necessidade de recorrer a

²¹³ Art. 8º, Lei de Arbitragem. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

²¹⁴ § 139, BGB *Autonomie*: *Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde*. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. Acesso em: 07 out. 2019 [Art. 139, Código Civil Alemão: Se uma parte de um negócio jurídico for nulo, todo o negócio jurídico será nulo, salvo se for presumido que ele seria celebrado sem a parte nula [Tradução Google Tradutor. Disponível em: <https://translate.google.com.br/?hl=pt-BR>. Acesso em: 7 out. 2019].

²¹⁵ ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation**: legal perspectives. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 189.

²¹⁶ NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 19.

²¹⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 176.

²¹⁸ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 187.

soluções jurisdicionais ou nova avença de mediação.

Assim, a cláusula de mediação configura um negócio jurídico autônomo ao contrato em que está inserida. Para garantir que os efeitos pretendidos (entre eles, o afastamento da jurisdição estatal) pelas partes sejam alcançados, aconselha-se uma redação clara e precisa da cláusula de mediação. Selma Maria Ferreira Lemes, ao comentar a cláusula escalonada, pondera:

“seria de boa cautela que a redação da cláusula estipulasse como esse processo de mediação ou conciliação deve iniciar, transcorrer e finalizar, como prazos bem definidos, haja vista as repercussões que possam advir, pois em vez de facilitar a solução da controvérsia, restando expedita a via arbitral, pode a ela representar um embaraço”²¹⁹.

A cláusula de mediação pode estar inserida em uma cláusula escalonada. A locução “cláusula escalonada” deriva das *multi-tieres* ou *escalation clauses* do direito anglo-saxão e das *clauses niveaux* do direito francês. Em ambos os ordenamentos a função da cláusula é a mesma, qual seja, “prever mais de um método de solução de controvérsias em consequência”²²⁰.

A doutrina estrangeira explica: “*Multi-tiered dispute resolution clauses provide for a sequence of separate dispute resolution procedures through which the dispute will escalate if not resolved by the proceeding in the former step*”²²¹.

Diversas são as possibilidades de combinação que os mecanismos de solução de controvérsias podem assumir, haja vista que o leque à disposição das partes é bastante amplo²²². As cláusulas escalonadas usualmente combinam métodos iniciais de natureza não jurisdicional (negociação, mediação e conciliação) com alguns de natureza jurisdicional (arbitragem) ou processo judicial²²³.

Há de se ponderar que não configuram cláusulas escalonadas aquelas que estipulam, antes da adoção de um meio de solução de conflitos estruturado, negociações prévias e informais, baseadas em procedimento habitual de negociação, sem maiores formalidades, para as tratativas das controvérsias. Nesse sentido, esclarece Selma Maria Ferreira Lemes:

²¹⁹ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Cláusula escalonada ou combinada** – mediação, conciliação e arbitragem. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br>. Acesso em: 17 maio 2019, p. 8.

²²⁰ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 72.

²²¹ “As cláusulas de resolução de disputas escalonadas fornecem uma sequência de procedimentos separados de resolução de disputas, através dos quais a disputa será escalada se não for resolvida pelo processo na etapa anterior” [tradução nossa]. KAYALI, Didem. Enforceability of multi-tiered dispute resolution clauses. **Journal of International Arbitration**, v. 27, Issue 6, pp. 551-577. Kluwer Law International 2010 [versão eletrônica]. Disponível em: <http://www.gasi-arbitration.ch>. Acesso em: 25 out. 2019, p. 13.

²²² LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 199.

²²³ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 75.

“algumas situações não se tratam de cláusulas escalonadas ou combinadas. Assim se verifica quando as partes estabelecem que surgida a controvérsia envidarão seus melhores esforços para solucionar a controvérsia amigavelmente e, não sendo possível, instituirão procedimento arbitral, regulando, em seguida, a arbitragem. A proposição de solução amigável, tal como acima mencionada, mesmo quando fixa prazo para que as partes tentem uma solução amigável, representa um procedimento informal e de condução de uma simples negociação, considerando-se verificada, sem maiores formalidades”²²⁴.

3.3 Cláusula de mediação

Conforme já exposto, o negócio jurídico pode ser considerado uma “declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico”²²⁵.

Ao convencionar uma cláusula de mediação, as partes declaram que em caso de controvérsia futura, tentarão solucionar o conflito através da mediação, buscando com isso afastar a jurisdição estatal.

A cláusula de mediação é a vontade das partes decorrente de sua autonomia privada, consistente em uma declaração, que visa alcançar determinados efeitos, quais sejam, submeter eventuais conflitos à solução por mediação, com a exclusão da jurisdição estatal. A cláusula de mediação configura, assim, um negócio jurídico.

O negócio jurídico não é uma categoria restrita do direito privado, mas de todos os ramos do direito em que as regras jurídicas regem fatos jurídicos. Onde existe autonomia privada, há negócio jurídico; seu caráter (constitucional, administrativo, processual, material, etc.) depende da natureza da regra jurídica incidente que o gera²²⁶.

Alguns autores entendem que a cláusula de mediação, assim como outras cláusulas que apontam meios alternativos de soluções de conflitos, tem natureza jurídica de negócio jurídico processual²²⁷; outros entendem que se trata de negócio jurídico material²²⁸.

Washington de Barros Monteiro explica, ao tratar do compromisso arbitral, que no direito pátrio o questionamento relativo à natureza de tal instituto – se ele constituía objeto de direito material ou processual – é antigo. Esse autor justifica sua inclusão no Código Civil:

²²⁴ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Cláusula escalonada ou combinada** – mediação, conciliação e arbitragem. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br>. Acesso em: 17 maio 2019, p. 9.

²²⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 224.

²²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** – negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova. t. III. Atualizada por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012, p. 63.

²²⁷ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 78; CARMONA, Carlos Alberto. Painel 1: Convenção de arbitragem – negócio jurídico processual ou material? *In*: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; ABDALLA, Letícia; LESSA NETO, João Luiz (org.). **Negócios jurídicos processuais na arbitragem**. São Paulo: Ciesp, 2017, p. 21.

²²⁸ No mesmo sentido: LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 199; NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *In*: **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 16-17.

“realmente, sua matéria é de direito substantivo; a respectiva inclusão do direito judiciário deflui de sua confusão com o juízo arbitral, que ele institui. Mas o compromisso precede ao juízo arbitral.”

Giovanni Ettore Nanni também entende ser um negócio jurídico material e observa que os efeitos processuais da cláusula compromissória surgem não no momento de sua gênese, mas de sua eficácia, “fora, portanto, de sua natureza jurídica”. O autor ainda pondera que a controvérsia pode nem existir, não gerando, com isso, qualquer efeito processual²²⁹.

Ricardo Aprigliano diverge dessa posição e sustenta que a convenção de arbitragem é um negócio jurídico processual por projetar seus efeitos para dentro de uma relação processual. Ele corrobora seu entendimento ao afirmar que o objeto da convenção de arbitragem é atribuir jurisdição aos árbitros, devendo ser considerada, portanto, desde seu nascimento como negócio jurídico processual²³⁰.

Francisco José Cahali entende de forma diferente:

“Temos para nós que a convenção arbitral caracteriza-se, em um primeiro momento, como negócio jurídico de direito material, mas se houver previsão também de organização processual, e no quanto contido a esse respeito (v.g. prazos, forma para a prática de atos e intimações etc.), pode-se estender à convenção a natureza processual; ou seja, a previsão limitada a prever, com efeito vinculante, a submissão do litígio (atual ou potencial), qualifica como negócio jurídico de direito material; porém prevendo as partes, como lhes é facultado, disposições processuais (ou procedimentais), se terá uma ampliação do conteúdo da convenção, e assim bem lhe atribuí também a qualificação processual. Nesta última hipótese, e apenas nela, somam-se elementos heterogêneos no mesmo negócio jurídico, justificando adjetivá-lo como processual”²³¹.

Já João Luiz Lessa Neto tem uma posição similar: a convenção de arbitragem pode ser negócio jurídico material e processual. Ele parte da premissa de que sobre o mesmo negócio jurídico podem incidir várias normas de campos distintos do direito. No caso da convenção de arbitragem, afirma:

“é uma norma material e processual, isso não se exclui, porque atrai a incidência de normas de ambos os campos. É claro que ao avaliar os requisitos de validade da convenção de arbitragem, se ela for por escrito, se houve a assinatura da Parte, se houve consentimento, são normas tipicamente de direito material, não há como negar isso. Mas percebam que ela atrai a incidência de um feixe de normas processuais também, não apenas porque ela molda um processo, não apenas porque

²²⁹ NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *In: Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 16-17.

²³⁰ APRIGLIANO, Ricardo. Painel 1 – convenção de arbitragem: negócio jurídico processual ou material? *In: Negócios jurídicos processuais na arbitragem*. VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo; ABDALLA, Letícia; LESSA NETO, João Luiz (org.). São Paulo: Ciesp, 2017, p. 21.

²³¹ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 178, NR 45.

ela habita a jurisdição privada, e aqui ainda mais radical, é claro que isso está num momento pré-processual, isso está num momento antes do processo, mas havendo processo em curso incidem normas tipicamente endoprocessuais a ela”²³².

Essa discussão também é válida para a cláusula de mediação. Doutrinadores estrangeiros como Klaus J. Hopt e Felix Steffek afirmam que cláusulas de mediação podem conter previsões de direito material e processual. Eles elencam como obrigações de direito material: preparação para mediação, participação na mediação, negociação de boa-fé, ingresso com ação adjudicatória somente se a mediação for infrutífera. E indicam como previsões de natureza processual o afastamento da jurisdição e a previsão de divisão de custas²³³.

Preferimos o entendimento que parte da análise da cláusula quando de sua gênese e não quanto a seus efeitos. Assim, entendemos que a cláusula de mediação é um negócio jurídico de direito material quando de sua celebração e se a controvérsia for deflagrada poderá gerar efeitos processuais.

Ainda em relação à classificação da cláusula de mediação, há na doutrina a questão de ser considerada ou não um contrato preliminar. Fernanda Rocha Lourenço Levy afirma em sua obra, publicada antes do advento da Lei de Mediação, que a cláusula de mediação é um contrato preliminar²³⁴.

Assim também era considerada a cláusula compromissória da arbitragem antes da Lei de Arbitragem de 1996. A doutrina considerava a cláusula arbitral apenas uma promessa de contratar²³⁵ e a jurisprudência também indicava tratar-se de “obrigação de fazer, que se resolve em perdas e danos”²³⁶.

A Lei 9.307/1996 alterou o regime jurídico da cláusula compromissória, deixando esta de ser singela obrigação de fazer, tornando-se vinculante, admitindo, inclusive, execução específica²³⁷. A obrigação resultante da cláusula arbitral passou a ser a de instituir a arbitragem, sem a necessidade de posterior compromisso arbitral²³⁸.

²³² LESSA NETO, João Luiz. Painel 1: Convenção de arbitragem – negócio jurídico processual ou material? *In*: VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo; ABDALLA, Letícia; LESSA NETO, João Luiz (org.). **Negócios jurídicos processuais na arbitragem**. São Paulo: Ciesp, 2017, p. 24.

²³³ HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (edits). **Mediation: principles and regulation in comparative perspective**. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle], p. 31.

²³⁴ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 186.

²³⁵ GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos internacionais comerciais: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 87.

²³⁶ LEE, João Bosco. A especificidade da arbitragem comercial internacional. *In*: CASELLA, Paulo B. (coord.) **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. São Paulo: LTr., 1999, p. 189.

²³⁷ NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *In*: **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13.

²³⁸ NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *In*: **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13.

Passamos, então, a analisar o contrato preliminar para confirmar se a cláusula de mediação possui ou não essas características.

O desenvolvimento do contrato preliminar no mundo jurídico deu-se em decorrência da velocidade do tráfico jurídico e está difundido por vários sistemas jurídicos. É denominado “*Vorvertrag*, no direito alemão; *contratto preliminare* ou *antecontrato*, no direito italiano; *avant contrat* ou *promesse de contrat* ou *compromis*, no direito francês; *contracto preliminar*, no espanhol e hispano americano” (grifos no original)²³⁹.

A doutrina nacional e a legislação denominam esse tipo de negócio jurídico como contrato preliminar, pré-contrato, promessa de contrato, compromisso ou contrato preparatório. O Código Civil adotou a denominação contrato preliminar²⁴⁰.

O contrato preliminar integra o processo de formação do contrato definitivo e se caracteriza por ser “aquele por via do qual ambas as partes ou uma delas se compromete a celebrar mais tarde outro contrato, que será o principal”²⁴¹.

O contrato preliminar supera a fase de mera tratativa de um negócio, pois já delinea os contornos do contrato definitivo que as partes almejam firmar. Com isso gera direitos e deveres, em especial, obrigação de fazer o contrato definitivo²⁴².

Trata-se de uma promessa de contratar. Não se faz, assim, necessária nova declaração negocial, pois, ao celebrarem o contrato preliminar, tudo o que é indispensável ao estabelecimento do vínculo contratual definitivo já foi estipulado²⁴³. Nesse sentido, estabelece o art. 463 do Código Civil²⁴⁴ que, salvo na hipótese de haver cláusula de arrependimento, concluído o contrato preliminar, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do contrato definitivo, determinando prazo para efetivação pela outra parte.

O objeto do contrato preliminar, por sua vez, é a conclusão do negócio definitivo.

São, assim, itens essenciais do contrato preliminar: a) consenso quanto à realização de um contrato futuro; b) consenso quanto às informações essenciais que compõem o contrato futuro.

A eficácia do contrato preliminar decorre da verificação da validade do contrato relativamente a si mesmo, tendo em vista que seu objetivo é formalizar o contrato definitivo.

²³⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 72.

²⁴⁰ Arts. 462 a 466, Código Civil.

²⁴¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 71.

²⁴² DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e prático dos contratos**. v.1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 158.

²⁴³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 137.

²⁴⁴ Art. 463, Código Civil. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

Destarte, em relação ao objeto, as partes devem observar se a celebração do contrato definitivo não fere disposição legal, ordem pública, costumes ou se é impossível. É necessário também verificar se as partes têm capacidade (genérica ou especial) para celebrar o contrato preliminar e o contrato definitivo. “Se o contratante necessita de anuência ou da autorização de outrem para que proceda eficazmente, a falta de uma ou de outra impede a execução específica”²⁴⁵. Relativamente à forma, entretanto, o art. 462 do Código Civil não exige que o contrato preliminar tenha a mesma formalidade exigida no contrato definitivo. Isto porque, como já mencionado, a obrigação das partes é de celebrar o contrato definitivo.

O contrato preliminar integra-se, portanto, ao processo de formação do contrato definitivo e deixa de produzir efeitos quando da celebração deste. Como qualquer negócio jurídico, o contrato preliminar poderá ser desfeito por distrato.

A resolução do contrato preliminar pode dar-se por inadimplemento – o Código Civil²⁴⁶ privilegia a execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo. Somente quando o credor não desejar ou não for possível promover a execução específica, a indenização por perdas e danos é aplicável.

Considerando a causa, ou função econômica-social, o contrato preliminar tem dupla função: (a) criação de promessa vinculante e, (b) antecipação de efeitos²⁴⁷. A primeira é também um de seus elementos essenciais e se presta a tornar firme a celebração de um contrato futuro nas bases acordadas. Já a segunda pode ser verificada em promessas de negócios reais, como na compra e venda de imóveis, que apesar de não conter o requisito da forma, a posse já foi transferida ao comprador.

Assim como a cláusula compromissória de arbitragem, a cláusula de mediação dispensa a necessidade de nova manifestação para realização da primeira reunião²⁴⁸ e consequente instituição da mediação²⁴⁹. Não estão, portanto, as partes obrigando-se a celebrar um contrato futuro com efeitos diferentes do negócio celebrado.

Giovanni Ettore Nanni afirma, em relação à cláusula compromissória: “quando firmada, ela está plenamente apta a produzir efeitos, detendo caráter vinculante, sendo que

²⁴⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 80.

²⁴⁶ Art. 463, Código Civil. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive; Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.

²⁴⁷ FERNANDES, Wanderley; OLIVEIRA, Jonathan Mendes. Contrato preliminar: segurança de contratar. *In*: FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 333.

²⁴⁸ Art. 2º, § 1º, Lei de Mediação. Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

²⁴⁹ Art. 17, Lei de Mediação. Considera-se instituída a mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação.

somente sua eficácia fica suspensa até a deflagração da controvérsia”. Entendemos que assim também se opera em relação à cláusula de mediação.

O contrato preliminar extingue-se com a celebração do contrato definitivo. Isso não ocorre com a cláusula de mediação, que continua a existir com o início da mediação e eventual celebração do compromisso de mediação²⁵⁰.

Entendemos que a cláusula de mediação não integra a formação de um contrato futuro e não tem como objetivo celebrar um contrato definitivo. As partes quando celebram uma cláusula de mediação almejam afastar uma potencial controvérsia de um processo adjudicatório.

Como será analisado no decorrer do trabalho, a cláusula de mediação (assim como qualquer negócio jurídico) produz seus efeitos no plano da eficácia, sem a necessidade de nova manifestação de vontade. A cláusula de mediação é um negócio jurídico perfeito e acabado desde sua celebração, não configurando um contrato preliminar. Caracteriza-se como um negócio jurídico plurilateral²⁵¹, tendo em vista que a declaração negocial converge a um objetivo comum das partes, qual seja, submeter eventual conflito para alcançar a solução através da mediação²⁵².

Sendo a cláusula de mediação um negócio jurídico, propõe-se sua análise segundo os caracteres necessários à configuração do negócio jurídico.

²⁵⁰ Antes da Lei de Arbitragem de 1996 o entendimento era em sentido contrário. BAPTISTA, Luiz Olavo. Cláusula compromissória e compromisso. *In: Doutrinas essenciais obrigações e contratos*. v. 6, pp. 977-988, jun. 2011, DTR\2012\1239, 2011, p. 2.

²⁵¹ Os negócios jurídicos podem ser a) unilaterais, nos quais apenas uma vontade estabelece o conteúdo e a vinculação contratual, como no testamento; b) bilaterais, quando as partes estabelecem a concordância mediante proposta e aceitação, como no contrato; e c) plurilaterais, nos quais diversas vontades se unem de forma colaborativa para buscar um fim comum, como nas sociedades. MENKE, Fabiano. Art. 104. *In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (et al.); NANNI, Giovanni Ettore (coord.). Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 182.

²⁵² LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 183; NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *In: Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 20.

4 A CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO NOS PLANOS DO MUNDO JURÍDICO

O presente trabalho propõe analisar a cláusula de mediação observando a teoria tricotômica elaborada por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda e desenvolvida por alguns doutrinadores, entre eles, Antônio Junqueira de Azevedo, cuja abordagem será aqui adotada.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda partiu da doutrina alemã dos séculos XIX e XX para elaborar sua teoria de tripartição dos planos do negócio jurídico em existência, validade e eficácia. Sendo o plano da existência relativo aos fatos do mundo real sobre os quais a norma incide; o plano da validade relativo aos requisitos exigidos para os atos jurídicos produzirem os efeitos queridos pelas partes e, por fim, o plano da eficácia relativo aos efeitos do fato jurídico.

A doutrina alemã (antiga ou moderna), entretanto, não faz referência explícita à tricotomia²⁵³ como estudada no Brasil. Há na doutrina, porém, alusão à distinção entre existência da validade/eficácia²⁵⁴. Apesar de não haver a menção à existência como um plano autônomo, aceita-se a distinção entre negócio inexistente e negócio inválido/ineficaz. Em relação aos dois outros planos, porém, a maioria dos juristas entende nulidade e ineficácia como sinônimos. A invalidade não é separada da ineficácia, mas sim, um tipo daquela²⁵⁵.

A teoria tricotômica consiste em uma sistematização do fato jurídico²⁵⁶ que auxilia a análise do intérprete na solução de casos concretos.

Segundo a teoria tricotômica, a análise de fatos jurídicos deve ser feita em ao menos dois dos planos: o da existência e o da eficácia²⁵⁷. É necessário observar se estão presentes os elementos para que o fato exista (plano da existência); em caso positivo, verifica-se a produção de efeitos (plano da eficácia).

²⁵³ SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan.-abr. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=119856> Acesso em: 18 set. 2019.

²⁵⁴ Jan Peter Schmidt cita como exemplos Lume, Bork, Wolf, Neuner, Voppel. SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan.-abr. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=119856>. Acesso em: 18 set. 2019, p. 5 e nota 73.

²⁵⁵ SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan.-abr. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=119856>. Acesso em: 18 set. 2019, p. 6.

²⁵⁶ Jan Peter Schmidt observa que sistemas que não conferem tanta relevância à sistematização, como o direito romano e o *common law*, demonstram que o ordenamento jurídico também pode fluir corretamente. A qualidade de um direito, para ele, define-se por sua capacidade de resolver casos concretos de forma justa e previsível. SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico” **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan.-abr. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=119856>. Acesso em: 18 set. 2019, p. 7.

²⁵⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n.], 1986, p. 24; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 158, NR 127.

Alguns fatos jurídicos (fatos jurídicos *stricto sensu*) que não dependem da manifestação da vontade e os fatos ilícitos não transitam pelo plano da validade, vão diretamente do plano da existência para o da eficácia.

O plano da validade é aplicável somente aos fatos jurídicos em que a vontade faz parte do suporte fático. Portanto, somente os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos passam pelo plano da validade, no qual “recebem a censura do ordenamento antes de entrarem no plano da eficácia”²⁵⁸.

O negócio jurídico, por ser uma declaração de vontade socialmente destinada à produção de efeitos jurídicos, passa por essa avaliação. O papel maior ou menor da vontade, a causa, os limites da autonomia privada quanto à forma e quanto ao objeto são algumas das questões peculiares do negócio jurídico analisados no plano da validade²⁵⁹.

A validade é um atributo conferido aos negócios jurídicos que estão em conformidade com o direito de uma comunidade²⁶⁰, ou seja, “estar de acordo com as regras jurídicas (‘ser regular’)”²⁶¹.

Há um paralelo entre o plano da existência e o plano da validade. O primeiro é o plano da natureza das coisas; o negócio existe e os elementos são. E no segundo é um plano de adjetivos: o negócio é válido e os requisitos são qualidades que os elementos devem ter²⁶².

Validade é aqui entendida como sinônimo de “perfeição, pois significa a sua plena consonância com o ordenamento jurídico”²⁶³. A invalidade tem, por sua vez, o caráter de uma sanção imposta pelo ordenamento ao negócio jurídico que, apesar de materializar o suporte fático previsto na lei, implica em violação de seus ditames²⁶⁴. Visa impedir, assim, as infrações às normas e assegurar o funcionamento do sistema.

Os planos da existência, validade e eficácia são os três planos pelos quais deve-se examinar sucessivamente o negócio jurídico para verificar se ele atinge realização plena²⁶⁵. Deve-se observar a seguinte ordem de análise dos fatos jurídicos:

²⁵⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 158, NR 127.

²⁵⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

²⁶⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 38.

²⁶¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

²⁶² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

²⁶³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

²⁶⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42.

²⁶⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24.

“(a) se o fato jurídico *existe*; (b) se a resposta é positiva, se ele é daquelas espécies que podem ser *válidos ou inválidos* (= atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos); (c) se a resposta é, novamente, positiva, se é *válido, anulável, nulo, simplesmente*, ou *nulo putativo*; (d) se é *válido, anulável*, ou *nulo putativo*, se está apto a gerar sua eficácia própria (= ser eficaz); (e) se é *nulo, simplesmente*, sua *vida* termina aí, não avançando para o plano da eficácia, visto que não pode produzir seus efeitos próprios; finalmente (f) se se trata de fato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico ou fato ilícito *lato sensu*, apenas é preciso constatar se *existem* [passos (a) e (b)], por que essas espécies têm entrada franca no plano da eficácia”²⁶⁶ [grifos no original].

Antônio Junqueira de Azevedo também defende a análise sistemática do negócio jurídico destacando a classificação por sua estrutura:

“A importância de toda essa classificação é muito grande do ponto de vista prático (para não falarmos nos aspectos meramente didáticos que só por si a justificariam). Assim, se faltar, em determinado negócio jurídico, um elemento geral, ele não existirá como negócio; será um caso de negócio dito inexistente e, como tal, as regras jurídicas a aplicar não serão sequer as das nulidades; além disso, se o elemento geral faltante for intrínseco (ou constitutivo), aquela aparência de negócio (“negócio inexistente”) será fato jurídico, ou, quem sabe, se houver agente, poderá ser um ato jurídico não negocial, e a cada uma dessas situações corresponderão regras específicas. A exata identificação do negócio dentro de uma categoria, por outro lado, através da exata consciência dos elementos categoriais, é fundamental para se saber qual o regime jurídico a ele aplicável. Além disso, se, num negócio de certo tipo, faltar um elemento categorial inderrogável (ou se, mesmo sem faltar, se puder dar esse elemento como inexistente, para evitar que o negócio seja considerado nulo), aquele ato não existirá como negócio daquele tipo, mas há a possibilidade de convertê-lo em negócio de outro tipo (conversão substancial)”²⁶⁷.

Todas essas etapas devem ser observadas para se obter a integralidade do processo desenvolvido pelo fenômeno jurídico. “No mundo jurídico, nada se cria, nada se transforma, nada se extingue senão por força da existência de um fato jurídico”²⁶⁸. Assim, se o plano da existência (ou qualquer outro) for suprimido, desconsidera-se um dado essencial da análise, tornando-a incompleta.

É mais usual os questionamentos jurídicos versarem sobre validade em detrimento da ineficácia e, em menor habitualidade, sobre a existência de fatos jurídicos. Mas não pode ser ignorada a análise dos três planos, pois, como visto, pode ocorrer validade sem eficácia e invalidade com eficácia, mas nunca sem existência.

“São sempre de maior complexidade e, portanto, de soluções mais difíceis os problemas jurídicos quando envolvem questões atinentes à existência do ato jurídico, precisamente porque os operadores jurídicos, por inabilitação ou falta de

²⁶⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 156, NR 127.

²⁶⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 40.

²⁶⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 156, NR 127.

vivência com essa problemática, têm dificuldade em distingui-la de casos de nulidade e de ineficácia”²⁶⁹.

A teoria tricotômica mostra-se bastante útil na análise do fato jurídico ao identificar o plano da existência e separar os elementos de fato daqueles legais dos fatos jurídicos, e também, na distinção entre invalidade e ineficácia em caso de contratos celebrados sob condição suspensiva²⁷⁰.

Antônio Junqueira de Azevedo aperfeiçoou a teoria tricotômica e criou uma sistematização ainda mais apurada para negócios jurídicos. Essa é a abordagem que será considerada no presente trabalho.

Em relação aos negócios jurídicos, especificamente, são necessários, “no plano da existência, elementos, para existir; no plano da validade, de requisitos, para ser válido; e, no plano da eficácia, de fatores de eficácia, para ser eficaz”²⁷¹. Portanto, elementos, requisitos e fatores de eficácia são respectivamente caracteres de que necessita o negócio jurídico para existir, valer e ser eficaz²⁷².

A falta de elementos, requisitos ou fatores de eficácia tornam a declaração defeituosa. O sistema jurídico para garantir a segurança indica consequências para cada deficiência. Assim, tem-se a a) inexistência (jurídica) em decorrência da falta de declaração; b) a invalidade como sanção para a irregularidade da declaração; e, por fim, c) a ineficácia que pode operar tanto como uma consequência da falta de uma condição de eficácia como uma sanção em caso de irregularidade da declaração²⁷³.

O exame do negócio jurídico deve ser feito de forma estrutural, através da técnica de eliminação progressiva, que consiste no seguinte:

“primeiramente, há de se examinar o negócio jurídico no plano da existência e, aí, ou ele existe, ou não existe. Se não existe, não é negócio jurídico, é aparência de negócio (dito “ato inexistente”) e, então, essa aparência não passa, como negócio, para o plano seguinte, morre no plano da existência. No plano seguinte, o da validade, já não entram os negócios aparentes, mas sim somente os negócios existentes; nesse plano, os negócios existentes serão, ou válidos, ou inválidos; se forem inválidos, não passam para o plano da eficácia, ficam no plano da validade; somente os negócios válidos continuam e entram no plano da eficácia. Nesse último

²⁶⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 157, NR 127.

²⁷⁰ SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan.-abr. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br>. Acesso em: 18 set. 2019, p. 5.

²⁷¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30.

²⁷² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30.

²⁷³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 95, NR 7.

plano, por fim, esses negócios, existentes e válidos, serão ou eficazes ou ineficazes (ineficácia em sentido restrito)²⁷⁴.

Partindo dessa sistematização, serão examinados, no decorrer da dissertação, cada um dos três planos, e percorridos certos passos para a evolução da análise do negócio jurídico e da cláusula de mediação para o plano seguinte.

²⁷⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, pp. 63-64.

5 A CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO NO PLANO DA EXISTÊNCIA

5.1 Elementos gerais da cláusula de mediação

Conforme já abordado ao longo da pesquisa, “ao sofrer a incidência da norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico”²⁷⁵; em outras palavras, “quando acontece no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta cai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele, então, *existência jurídica*”²⁷⁶.

A existência do negócio jurídico é, portanto, premissa para as demais situações que podem ocorrer no mundo jurídico.

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo²⁷⁷, “elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que compõe sua existência no campo do direito”²⁷⁸. Segundo o autor, os elementos podem ser classificados, conforme o grau de abstração, em: a) gerais; comuns a todos os negócios; b) categoriais; próprios de cada tipo de negócio; c) particulares; existem em um determinado negócio (sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócio)²⁷⁹.

O princípio da autonomia da cláusula de mediação permite que a nulidade do contrato na qual ela está inserida não alcance a cláusula de mediação. O objetivo disso é salvar a cláusula e permitir que em sede de mediação as partes possam decidir sobre a validade ou não do contrato principal e propor soluções para sua remediação.

Havendo a autonomia da cláusula de mediação, não se comunicando esta com o contrato principal, há de se analisar a declaração de vontade de pactuar referida cláusula.

Para o estudo da cláusula de mediação partiremos da análise relativa ao grau de abstração. Iniciaremos com os elementos gerais, próprios de todo e qualquer negócio; os categoriais, próprios de cada negócio, no caso, a cláusula de mediação, e os particulares tomados genericamente, pois não será analisada uma cláusula específica.

²⁷⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 161.

²⁷⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

²⁷⁷ Parte da doutrina classifica os elementos em essenciais, naturais acidentais, nesse sentido: MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.182; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 129. Entretanto, Antônio Junqueira de Azevedo adverte que a expressão elemento essencial é utilizada não como elemento essencial à validade do negócio, mas como elemento essencial à sua validade. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 28.

²⁷⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31.

²⁷⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32.

Os elementos gerais são aqueles indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio. Subdividem-se em intrínsecos (também chamados de constitutivos), que são forma, objeto e circunstâncias negociais; e extrínsecos, que são agente, lugar e tempo do negócio.

Os três elementos intrínsecos do negócio jurídico (forma, objeto e circunstâncias negociais) são indissolúveis. Não existe na declaração negocial “uma forma que exista independentemente do objeto e das circunstâncias negociais, nem objeto ou circunstâncias negociais tomados isoladamente”²⁸⁰.

A declaração negocial é a “exteriorização da vontade destinada a levar ao conhecimento de outrem a intenção de provocar determinados efeitos jurídicos”²⁸¹. A declaração pressupõe, portanto, um processo de comunicação²⁸².

A forma dessa declaração é o meio através do qual o agente expressa sua vontade e poderá ser oral, escrita, mímica, consistir no próprio silêncio, ou, ainda, em atos dos quais se deduz a declaração de vontade”²⁸³. Todo negócio jurídico tem forma²⁸⁴.

Nas palavras de Emilio Betti, “a forma, através do qual o acto jurídico que é o negócio se torna reconhecível aos outros, pode ser a de uma declaração ou a de um comportamento puro e simples, sem valor de declaração”²⁸⁵.

Não há de se confundir com as exigências analisadas no plano da validade, que é a forma prescrita em lei ou a forma livre. Nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello também afirma que classificar o negócio jurídico segundo a sua forma não implica dizer que haja espécie sem forma, mas que a norma jurídica prevê a forma solene como uma característica complementar do suporte fático, “implicando, assim, questões de validade”²⁸⁶.

No plano ora analisado, existência, a forma deve ser considerada como expressa ou tácita. A legislação brasileira, diversamente da portuguesa²⁸⁷, não diferenciou declaração expressa e tácita. Coube, portanto à doutrina, conceituá-las.

Os negócios jurídicos de forma expressa são aqueles em que a declaração é feita por um meio direto e inequívoco, “seja verbalmente usando palavra falada, seja por mímica, quando o agente se exprima por um gesto tradutor do seu querer, ou seja, por escrito; se da

²⁸⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 117.

²⁸¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 50.

²⁸² GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 50.

²⁸³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 126.

²⁸⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 281.

²⁸⁵ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v. 1. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 246.

²⁸⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 281.

²⁸⁷ O Código Civil Português de 1966 estabelece no art. 217º /1. 1. A declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam.

forma gráfica se utiliza o declarante em instrumento manuscrito, datilografado, policopiado ou impresso”²⁸⁸.

Já os negócios com forma tácita são aqueles em que a declaração se deduz dos fatos e atos que a revelam²⁸⁹. A declaração pode ser tácita quando a lei não exigir forma expressa. É uma declaração indireta, manifestada através de uma atitude ou comportamento concludente do agente pelo qual se infere a manifestação de seu querer. O comportamento adquire, no ambiente social, o significado e o valor de declaração na medida em que se torna reconhecível, de acordo com a experiência comum a tomada de certa posição²⁹⁰. O comportamento concludente é, portanto, um elemento objetivo da declaração tácita: não haverá aceitação tácita, senão por um comportamento desse tipo²⁹¹.

O silêncio também pode ser considerado declaração de vontade. Admite-se que ele constitui consentimento quando aquele que se cala tem o dever de falar²⁹². Nesse sentido é o art. 111 do Código Civil brasileiro²⁹³. O silêncio configura-se, assim, pela ausência de qualquer declaração, expressa ou tácita; corresponde à ausência de qualquer ação²⁹⁴, é a inércia.

Entretanto, há de se ponderar que o silêncio, sem qualquer elemento qualificador, não tem valor declarativo; por isso, não se pode deduzir a aceitação do silêncio isoladamente, isto é, sem atos que a pressuponham. Esse silêncio deve ser concludente. A pessoa que cala deve ter o dever de manifestar-se e o silêncio deve ser uma das formas possíveis de manifestação²⁹⁵. O silêncio aceito é aquele apresentado em determinado contexto: “o silêncio vale como vontade positiva ou negativa, conforme as circunstâncias, inferido o consentimento, pelo intérprete, do comportamento omissivo da parte”²⁹⁶.

Assim, o silêncio será considerado válido como aceitação quando estiverem presentes no caso concreto as circunstâncias autorizadoras²⁹⁷ ou seus usos. O silêncio pode se tornar significativo, objetivamente por um costume prevalente em um determinado setor

²⁸⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 33.

²⁸⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 126.

²⁹⁰ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v.1. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 270.

²⁹¹ TUTIKIAN, Priscila David Sansone. **O silêncio na formação dos contratos: proposta, aceitação e elementos da declaração negocial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 145.

²⁹² GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 51.

²⁹³ Art. 111, Código Civil. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

²⁹⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil português – parte geral**. 2. ed. v. 1. t. 1. Coimbra: Almedina, 2000, p. 342.

²⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – bens e fatos jurídicos**. t. II. atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 2012, p. 486.

²⁹⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 51.

²⁹⁷ TUTIKIAN, Priscila David Sansone. **O silêncio na formação dos contratos: proposta, aceitação e elementos da declaração negocial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 97.

social, ou então, subjetivamente, por uma prática introduzida ou, ainda, por acordo estabelecido pelas partes²⁹⁸.

Ressalta-se que o silêncio poderá ser admitido como declaração, desde que não haja necessidade de declaração expressa, pois nesse caso não se pode concluir que se quis a aceitação²⁹⁹. A necessidade de declaração expressa poderá decorrer de lei³⁰⁰, de convenção entre as partes, dos usos ou de circunstâncias.

Não se deve confundir o silêncio com certos comportamentos que implicam na atuação da vontade. Agindo de certa forma, a pessoa manifesta sua vontade, que pode ser deduzida de seu comportamento. É possível averiguar, portanto, a diferença entre a declaração tácita e o silêncio:

“na declaração negocial por meio do silêncio não há atos; o negócio jurídico conclui-se, justamente, pela falta de atos, conjugada a circunstâncias autorizadoras. Já a declaração operada por meio de forma tácita pressupõe a presença de atos concludentes a serem exercidos pelo declarante”³⁰¹.

A declaração negocial da cláusula de mediação é a manifestação das partes em submeter eventuais futuras controvérsias decorrentes de sua relação contratual para serem solucionadas através da mediação.

No plano da existência, a manifestação do consentimento não deve ser considerada “exclusivamente com base em elementos estritamente formais, mas sim, de acordo com preceitos básicos que regem tanto em matéria civil e comercial, como usos e costumes do comércio internacional”³⁰².

As cortes nacionais já analisaram casos em que foi possível, através do comportamento do agente, inferir sua aceitação à cláusula de arbitragem. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a participação da parte em procedimento arbitral sem arguição de incompetência do juízo representa a aceitação tácita de referida cláusula³⁰³. Portanto, há

²⁹⁸ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v.1. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 275.

²⁹⁹ TUTIKIAN, Priscila David Sansone. **O silêncio na formação dos contratos**: proposta, aceitação e elementos da declaração negocial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 125.

³⁰⁰ Podem ser citados os arts. 1.147, 1.487, 1.805, 172, 173, 174 e 175 do Código Civil brasileiro.

³⁰¹ TUTIKIAN, Priscila David Sansone. **O silêncio na formação dos contratos**: proposta, aceitação e elementos da declaração negocial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 113.

³⁰² NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *In: Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

³⁰³ Sentença Estrangeira Contestada n. 856 – EX (2005/0031430-2). Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Requerente: L’Aiglon S.A. Requerida: Textil União S.A. Ementa: Sentença Arbitral Estrangeira. Cláusula Compromissória. Contrato Não Assinado pela requerida. Comprovação do pacto. Ausência de elementos. 1. Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória. 2. Descabe examinar o mérito da sentença estrangeira no presente requerimento, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Homologação deferida. Trata-se de sentença arbitral estrangeira proferida na Inglaterra na qual se decidiu que a expressa participação da requerida em procedimento arbitral representou inequívoca aceitação da cláusula compromissória. Nesse caso não houve, pela requerida, qualquer impugnação referente à ausência de cláusula compromissória. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

aceitação tácita da cláusula pelo comportamento das partes, quando estas participam ativamente do procedimento, sem qualquer objeção³⁰⁴. Esse entendimento também pode ser aproveitado no caso de cláusula de mediação.

Continuando a análise dos elementos intrínsecos, passaremos ao estudo do objeto. O objeto do negócio jurídico é todo seu conteúdo³⁰⁵. Por conteúdo do negócio, deve-se entender o conjunto das cláusulas negociais³⁰⁶. É, portanto, a própria autorregulação de interesses visada pelas partes.

No objeto do negócio há um conteúdo expresse, um conteúdo implícito e um conteúdo incompletamente expresse³⁰⁷. O conteúdo expresse é o que se contém no negócio por referência completa; o conteúdo implícito é aquele constituído pelos elementos categoriais inderrogáveis (elementos naturais), incluídos pelo ordenamento jurídico no negócio (elementos da tipificação do negócio) e, por fim, conteúdo incompletamente expresse é o que nele se contém por referência incompleta³⁰⁸.

O objeto da cláusula de mediação é seu conteúdo negocial, ou seja, o autorregulamento dos interesses das partes.

Segundo Fernanda Rocha Lourenço Levy, a cláusula de mediação é um “contrato complexo com multiplicidade de sujeitos e prestações, pois prevê que as partes participarão de um procedimento de mediação que será conduzido por terceiro (ou terceiros na hipótese de comediadores) e pode ser administrado por uma entidade de mediação”³⁰⁹.

O conteúdo deve referir-se a uma determinada relação jurídica entre as partes. Não é precisa uma cláusula que menciona todos os litígios resultantes das relações comerciais existentes e futuras entre as partes. Pode, entretanto, focar as futuras controvérsias decorrentes de um determinado contrato³¹⁰.

SEC: 856 GB 2005/0031430-2, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, jul. 18.05.2005, CE – Corte Especial, Public DJ 27-06-2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 29 out. 2019.

³⁰⁴ WALD, Arnoldo; BORJA, Ana Gerdau de. Cláusula compromissória “cheia” e aceitação tácita da cláusula arbitral: caso *Itiquira vs. Inepar*. Comentários aos ei 428.067-1/10 do TJPR. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 32, pp. 343-369. São Paulo: RT, jan.-mar. 2012. DTR\2012\2287, 2012 [versão eletrônica], p. 22.

³⁰⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 134.

³⁰⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral – ações e fatos jurídicos. v. 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 310.

³⁰⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 136.

³⁰⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 136.

³⁰⁹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 183.

³¹⁰ RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem privada internacional no Brasil depois da nova Lei 9.307 de 23.09.1996**: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 60.

Quanto ao conteúdo negocial de uma cláusula de mediação, as partes não objetivam, nesse momento, um acordo sobre o mérito do litígio, mas uma “concordância de vontades acerca de um método de solução de controvérsias”³¹¹.

As partes podem escolher entre mediação *ad hoc* ou mediação institucional. No primeiro caso, as partes determinam as regras a serem seguidas pelo mediador e pelos participantes durante o procedimento. A liberdade de decisão, nessa hipótese, costuma ser ampla, somente restringidas por normas cogentes ou imperativas, relacionadas ao procedimento, decorrentes do ordenamento jurídico do local em que se realiza o procedimento³¹². Neste caso as partes devem enunciar precisamente o número de mediadores, a forma de sua escolha e nomeação, o critério para eventual substituição de mediadores, o local das reuniões de mediação, o idioma e o direito aplicável.

As partes podem também escolher as regras procedimentais de instituições de mediação³¹³. Estas são responsáveis por fiscalizar o andamento do procedimento de mediação, como também de administrá-lo, auxiliando as partes e os mediadores no que for necessário à boa condução do processo. Nesta hipótese, o risco de a cláusula ser lacunosa ou defeituosa é menor³¹⁴. Mas, ainda assim, as partes devem tomar a precaução de conhecer o conteúdo dessas regras antes de assinarem a cláusula de mediação.

A doutrina³¹⁵ destaca a necessidade de redação cuidadosa dessa cláusula, a fim de evitar conflitos acessórios e desnecessários.

Nesse sentido, Fernanda Rocha Lourenço Levy esclarece: “redigida por profissionais que conhecem o tema e com temperança entre a falta de elementos essenciais e o detalhamento excessivo, a cláusula de mediação cumprirá seu papel de conduzir as partes à mediação, sem transtornos”³¹⁶.

³¹¹ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 43.

³¹² RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem privada internacional no Brasil depois da nova Lei 9.307 de 23.09.1996**: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 21.

³¹³ Art. 22 § 1º, Lei de Mediação. A previsão contratual pode substituir a especificação dos itens acima enumerados pela indicação de regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação.

³¹⁴ RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem privada internacional no Brasil depois da nova Lei 9.307 de 23.09.1996**: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 21.

³¹⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Cláusula escalonada ou combinada** – mediação, conciliação e arbitragem. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br>. Acesso em: 17 maio 2019, p. 8; PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. In: **Doutrinas Essenciais** – arbitragem e mediação. v. 2, p. 221-238, set. 2014, DTR\2005\780 São Paulo: RT, 2014 [versão eletrônica], p. 9; RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem privada internacional no Brasil depois da nova Lei 9.307 de 23.09.1996**: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 21; HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (eds) **Mediation: principles and regulation in comparative perspective**. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle], p. 52; NANNI, Giovanni Ettore. Os cuidados na elaboração da cláusula arbitral. In: **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 77-89; SALEHIJAN, Maryam. Mediation clause decoded: a systematic content analysis. **McGill Journal of Dispute Resolution**. v. 5 (2018-2019), n. 6, pp. 119-167. Disponível em: <https://biblio.ugent.be/publication/8620742/file/8620743>. Acesso em: 12 set. 2019, p. 164.

³¹⁶ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 188.

Giovanni Ettore Nanni também discorreu sobre o texto da cláusula compromissória: “se de um lado é verdadeiro afirmar que em muitos tipos contratuais a arbitragem é uma excelente opção para a resolução de disputas, de outro, tal preferência se torna falsa – ou momentaneamente falsa – se mal escrita a cláusula”³¹⁷.

Em relação ao conteúdo expresso,

“a cláusula compromissória deve conter a qualificação das partes, as controvérsias que serão levadas à mediação, se a mediação será *ad hoc* ou institucional, as regras procedimentais, a forma de indicação do mediador e seus parâmetros de escolha, a duração do procedimento, a possibilidade de comediação, os critérios de substituição do mediador, limites éticos de atuação do mediador, se existe processo adjudicatório em andamento, se o mesmo será ou não suspenso, previsão sobre possibilidade de tomada de medidas de urgência, participação dos advogados, possibilidade de outras pessoas participarem da mediação, termo de confidencialidade e seus limites, lugar e idioma em que será desenvolvida a mediação, honorários do mediador e distribuição dos custos entre as partes”³¹⁸.

Recomenda-se também previsão referente à agenda de encontros e a possibilidade de encontros privados. Também é indicado inserir de maneira clara e expressa os efeitos vinculantes das obrigações assumidas pelas partes em relação à mediação e as consequências de seu cumprimento³¹⁹.

A doutrina estrangeira também faz recomendações quanto ao conteúdo da cláusula que, em diversos pontos, converge com o exposto acima:

- “1. *Mediation clauses must provide for mediation as a condition precedent to litigation, that is a clause must be in Scott v Avery form.*
2. *Mediation clauses must be certain and complete. This means clauses should specify procedures to initiate, establish, administer and conduct the mediation or MDR process including:*
 - *Triggering mechanism: how and when (notice period) the mediation process is initiated.*
 - *Scope of mediation: the disputes to be covered by mediation.*
 - *Applicable procedure and substantive law*
 - *Place of mediation and venue*³²⁰ *or method for selection thereof.*
 - *Language of mediation*

³¹⁷ NANNI, Giovanni Ettore. Os cuidados na elaboração da cláusula arbitral. In: **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 86.

³¹⁸ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 188-189.

³¹⁹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 189.

³²⁰ A autora traz aqui a possibilidade de os atos do processo de mediação se desenvolverem em locais distintos. Esclarece Francisco José Cahali ao tratar dos locais da arbitragem: “Trata-se aqui da especificação, pelas partes, do local onde os atos relativos à arbitragem serão praticados, principalmente se diversos de onde será proferida a sentença. Exemplo que bem identifica essa facilidade oferecida às partes é a possibilidade de se colher prova oral, ou acompanhar a prova pericial, no local dos fatos quando diverso da instituição arbitral onde se processa a arbitragem. Assim, deslocam-se o árbitro (ou árbitros) e o pessoal de apoio àquela localidade (inclusive, se for o caso, fora do território nacional), facilitando, desta forma, a produção da prova, a ser acompanhada diretamente pelo julgador”. CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 181.

- *Method for selection of mediator/s.*
- *Method for selection of other participants in mediation such as representatives and experts.*
- *Method for determination of costs, fees and other charges, and how and by whom they will be paid.*
- *Description of Mediation Procedure.*
- 3. *Where parties agree to reach consensus on the matters identified in item 2 above, to create certainty there should be a fall-back arrangement in the event that they cannot agree.*
- 4. *Where clauses intend to incorporate mediation procedures, codes of conduct and standards from a recognized service-provider, language must be used which clearly incorporates the relevant instruments as amended from time to time.*
- 5. *Where institutional mediation rules are incorporated into a mediation clause (item 4), these should be tested against the requirements listed in item 2 and 3*³²¹.

Na Inglaterra, no caso *Holloway e outros vs. Chamcery Mead Ltd*³²², o tribunal definiu três critérios para que uma cláusula de método alternativo de disputa seja válida, dois deles aludindo a conteúdo:

*“First, that the process must be sufficiently certain in that there should not be the need for an agreement at any stage before matters can proceed. Secondly, the administrative processes for selecting a party to resolve the dispute and to pay that person should also be defined. Thirdly, the process or at least a model of the process should be set out so that the detail of the process is sufficiently certain”*³²³ [grifos nossos].

O objeto da cláusula de mediação sob o prisma dos elementos gerais é o conteúdo definido pelas partes para firmar as regras que permitirão desenvolver a mediação e afastar a jurisdição estatal ou arbitral. Sua redação deve ser clara e precisa com a finalidade de efetivamente instituir a mediação sem a necessidade de intervenção do juiz ou do árbitro. Alguns aspectos abordados neste item serão revisados no plano da validade quanto à verificação de quais qualidades esse conteúdo deve apresentar para ser considerado válido.

³²¹ ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation: legal perspectives.** The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 200. 1. Cláusulas de mediação devem prever mediação como condição precedente à ação, isto é, a cláusula deve ser na forma do caso *Scott v. Avery*. 2. Cláusulas de mediação devem ser claras e completas. Isso significa que as cláusulas devem especificar o procedimento para iniciar, estabelecer, administrar e conduzir a mediação ou outro processo de MASC, incluindo: – Mecanismo de disparo: como e quando (prazo para notificação) o processo de mediação é iniciado – Escopo da mediação: controvérsias abarcadas pela mediação. – Procedimento e lei material aplicáveis. – Local e foro da mediação ou o método para sua escolha – Idioma da mediação – Método para seleção do mediador(es) – Método para seleção de outros participantes da mediação como representantes e peritos. – Método para fixação de custos, taxas e outras despesas, e, como e por quem o pagamento será feito. – Descrição do procedimento de mediação [tradução nossa].

³²² REINO UNIDO. **England and Wales High Court** (technology and construction court) decisions. *Holloway vs. Chancery Mead Ltd* [2007] EWHC 2495 (TCC). Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2007/2495.html>. Acesso em: 29 out. 2019.

³²³ Primeiro o processo deve expressar certeza suficiente no sentido de não ser necessário um acordo anterior em qualquer estágio para o caso poder prosseguir. Em segundo lugar, deve estar definido *o processo administrativo para a seleção da pessoa* para solucionar a disputa e como será sua *remuneração*. Em terceiro, *o processo ou, ao menos um modelo de processo, deve estar estabelecido de forma que o detalhamento do processo tenha certeza suficiente* [tradução nossa]. SALEHIJAN, Maryam. **The enforceability of alternative dispute resolution agreements: an analysis of selected european union member states.** Disponível em: <https://biblio.ugent.be/publication/8525884/file/8620483>. Acesso em: 12 set. 2019, p. 12.

Passamos agora a analisar as circunstâncias negociais. A manifestação de vontade para ser qualificada como declaração de vontade, isto é, manifestação apta a produzir efeitos, deve ser socialmente reconhecida como tal.

As circunstâncias negociais representam “um conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou padrão cultural”, que penetra no negócio e determina que a declaração seja considerada socialmente apta a criar relações jurídicas. São, portanto, “um modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos”³²⁴.

Não podem ser considerados negócios jurídicos as declarações não sérias (*jocandi causa*), as teatrais e as *docendi* ou *demonstrandi causa*, pois, as circunstâncias dessas não caracterizam a visão social de jurídico³²⁵.

As circunstâncias negociais são aquilo que faz com que a manifestação de vontade seja qualificada socialmente à produção de efeitos jurídicos, representando, assim, um modelo de conduta. As circunstâncias negociais permitem ao intérprete inferir que determinada declaração foi emitida com o propósito de produzir certos efeitos jurídicos no ambiente social em que está incluída.

Claro está que a força vinculante da cláusula de mediação tem intensidade diferenciada a depender do ambiente social e negocial no qual está inserida.

“Desse modo, a declaração de instituição de cláusula compromissória terá mais executividade (ou “*enforcement*”) quando lançada em ambiente no qual os sujeitos estão em nível de paridade, como é o caso do universo empresarial, habitado por agentes econômicos que conhecem o conteúdo e a extensão de uma disposição dessa natureza. O mesmo não ocorrerá em ambientes em que se verifica um desnível entre os interlocutores”³²⁶.

No caso da cláusula de mediação, caracteriza-se pela conduta negocial das partes em efetivamente estabelecer que eventuais controvérsias serão submetidas a um processo estruturado de solução de conflitos – mediação – e não meras regras de boa convivência também advindas do dever de cooperação, da boa-fé.

Finalizada a análise dos elementos gerais intrínsecos (forma, objeto e circunstâncias negociais), passamos ao estudo dos elementos gerais extrínsecos do negócio

³²⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 122.

³²⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 195.

³²⁶ AZEVEDO, Ciro Rangel. **Vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória**: o caso dos grupos societários à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20700/2/Ciro%20Rangel%20Azevedo.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2019, p. 27.

jurídico, que são tempo, lugar e agente, sendo os dois primeiros comuns a todos os fatos jurídicos e o terceiro a qualquer ato jurídico³²⁷.

O negócio jurídico é uma declaração negocial que pressupõe um agente (uma pessoa) para emití-la. Com isso, é necessário identificar, no suporte fático do negócio jurídico, o elemento subjetivo que o compõe, não podendo concretizá-lo se o sujeito não existir, ou, se existir, não for previsto pela norma³²⁸. A figura do agente é relevante, portanto, para a identificação das pessoas que são parte do negócio jurídico, distinguindo-as de terceiros.

Analisa-se aqui a personalidade do ponto de vista jurídico, que é a possibilidade de agir no campo do direito, caracterizada pela possibilidade de praticar atos jurídicos, negociais ou não³²⁹. Toda pessoa, natural (ser humano) ou jurídica (agrupamentos humanos), é dotada de personalidade.

A personalidade no âmbito jurídico é um pressuposto essencial da manifestação negocial. Assim, “se quem não seja pessoa manifestar vontade com a finalidade de realizar negócio jurídico, essa manifestação de vontade será inócua, uma vez que não haverá negócio jurídico algum por falta de suporte fático”³³⁰.

Marcos Bernardes de Mello cita o seguinte exemplo que ilustra a afirmação acima:

“Se os moradores de um bairro de certa cidade criam uma associação com a finalidade de cuidar dos interesses da comunidade, assinando os instrumentos necessários (contratos, e.g.), enquanto não promoverem sua inscrição no Registro de Pessoas Jurídicas, haverá uma associação, mas não uma pessoa jurídica (art. 45 do Código Civil). Enquanto nessa situação, os negócios jurídicos que sejam realizados em seu nome inexistem como negócios jurídicos da associação, devendo ser considerados como negócios jurídicos do grupo de associados. Pelas obrigações daí resultantes respondem, perante terceiros, os bens que à associação houverem sido imputados e, solidariamente, os associados, em face do art. 990 do Código Civil, *ex argumento*.”

Não há de se confundir personalidade com capacidade que será analisada posteriormente no plano da validade. A capacidade é a “medida jurídica da personalidade”. Para ser pessoa, basta existir e para ser capaz a pessoa precisa preencher os requisitos necessários para agir por si, como sujeito de uma relação jurídica³³¹.

Para existir, a cláusula de mediação deve ser celebrada pelos agentes, também denominados partes, em algum local (lugar) e em certo momento (tempo).

³²⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 33.

³²⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 93.

³²⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 34.

³³⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 107.

³³¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 129.

A identificação dos sujeitos é essencial para averiguação daqueles que são partes da cláusula de mediação ou são somente terceiros, tendo em vista o princípio da relatividade dos contratos.

Esse princípio estabelece que o negócio jurídico deverá somente surtir efeito, ou ser eficaz, entre as partes que tenham compactuado neste sentido. Portanto “aqueles que não tenham interferido na relação contratual de forma direta não poderiam ser, a princípio, alcançados pelos efeitos imediatos do contrato”³³².

Em regra, a esfera individual não pode ser atingida ou modificada por um negócio a ela estranha. Esse princípio tem como função limitar o efeito obrigatório do contrato às partes contratantes.

O princípio da relatividade contratual não está formalizado por lei no ordenamento brasileiro, mas integra o sistema do direito privado, princípio fundamental da teoria geral dos contratos. Outros ordenamentos, como o francês, o italiano e o espanhol³³³ também abarcam esse princípio.

Não se pode negar que atualmente o contrato é relevante e não existe isoladamente na sociedade, a ponto de se afirmar que “o contrato proporciona a subsistência de toda gente”³³⁴. Assim, são admitidas exceções à aplicação do princípio da relatividade. Em decorrência da função social, valores sociais, valores existenciais e solidaristas devem prevalecer em relação ao caráter patrimonial e individualista³³⁵.

O conceito de parte está, então, relacionado à situação jurídica do sujeito que contrai tal qualidade com a manifestação de vontade declarada com propósito e interesse negocial. A figura do terceiro é conferida geralmente por exclusão, ou seja, é todo aquele que não é parte da relação contratual por não ter manifestado a vontade contratual³³⁶.

A dificuldade ocorre quanto à verificação da extensão dos efeitos da cláusula de mediação em relação a partes não signatárias. Serão analisadas no presente trabalho duas situações: a) quanto ao sócio não signatário de cláusula constante em contrato ou estatuto social; e, b) quanto à sociedade pertencente a um grupo societário.

No direito societário, a questão relativa à identificação do sujeito ou parte de uma cláusula compromissória de arbitragem foi amplamente discutida, não sendo a posição da

³³² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 15.

³³³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.15; LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípios contratuais**. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 223.

³³⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 10.

³³⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 16.

³³⁶ NANNI, Giovanni Ettore. **Contratos coligados**. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.) LOTUFO, Renan. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas 2011, p. 240.

doutrina unânime no seu entendimento. Essa discussão sobre a extensão da cláusula compromissória é relevante também à cláusula de mediação.

A depender do momento da inserção da cláusula no Contrato ou Estatuto Social, seja na constituição da sociedade ou durante sua atividade (através de alteração do Contrato ou Estatuto Social), será diversa a interpretação quanto ao alcance dos seus efeitos em relação aos sócios.

Quando a inclusão da cláusula ocorre na constituição da empresa, presume-se, como em qualquer contrato, que todos os sócios tiveram a oportunidade de discuti-la e de negociá-la, concordando, portanto com a redação final do Contrato ou do Estatuto Social. Com isso, os sócios renunciaram à jurisdição estatal, conjuntamente e por ‘unanimidade’, quando da assinatura dos documentos de constituição da sociedade³³⁷.

Nessa hipótese, são partes da cláusula a sociedade e os sócios, que expressamente concordaram com a renúncia ao foro judicial.

“Assim, no momento da constituição da sociedade (art. 80 e ss. da Lei 6.404/1976) estão vinculados à cláusula compromissória os fundadores que subscreveram o capital social. São eles que fundam a sociedade e aprovam seu estatuto. Pode-se dizer, portanto, que os fundadores-subscritores da sociedade não aderem ao estatuto, mas efetivamente o aprovam. (...) No momento da constituição da sociedade a relação contratual é direta entre a sociedade e seus fundadores-subscritores”³³⁸.

A cláusula também poderá ser inserida no decorrer das atividades da empresa através da alteração do Contrato ou Estatuto Social. Se a deliberação que aprovou o conteúdo da cláusula for aprovada por unanimidade dos sócios, todos estarão vinculados à cláusula, como quando da constituição³³⁹. Considera-se aqui que todos renunciaram à jurisdição estatal, por unanimidade.

A dificuldade surge quando a inclusão da cláusula não se faz por unanimidade. No direito societário, há um princípio que determina que a decisão da maioria dos sócios dita os rumos da sociedade. A maioria da doutrina sustenta que a inclusão de uma cláusula compromissória deve obedecer aos votos da maioria³⁴⁰. Há, porém, entendimento em sentido

³³⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p.423.

³³⁸ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. v. 2. – arts. 75-137. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 134.

³³⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 424.

³⁴⁰ Francisco José Cahali cita Donaldo Armelin, Luis Fernando Guerreiro, Marcelo Dias Gonçalves Vilela, Carlos Augusto da Silveira Lobo, Alexandre de Freitas Câmara, Haroldo Malheiros Verçosa. CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015

contrário, sustentando que a inclusão de cláusula compromissória deverá ser feita por aprovação unânime dos sócios³⁴¹.

Relativamente à cláusula arbitral, a Lei 13.129/2015 incluiu o art. 136-A³⁴² na Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976), que possibilita a retirada do acionista dissidente. Essa positividade esclarece o assunto em matéria arbitral e determina que o quórum para aprovação da matéria é a maioria do capital social.

Há também a questão da vinculação de novo sócio ou acionista à cláusula já existente em Contrato ou Estatuto Social. Francisco José Cahali entende que “o novo acionista adere por total aos termos do Contrato/Estatuto Social, não sendo necessária a assinatura em uma ou outra cláusula expressamente, inclusive a relativa ao modo de solução de conflito. Haverá, neste caso, anuência tácita do adquirente com a previsão de arbitragem”³⁴³. A matéria é, porém, controversa e possui decisões em sentido contrário³⁴⁴.

O Enunciado n. 16 da Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal corrobora o entendimento pela desnecessidade de anuência na cláusula arbitral:

“O adquirente de cotas ou ações adere ao contrato social ou estatuto no que se refere à cláusula compromissória (cláusula de arbitragem) nele existente; assim, estará vinculado à previsão da opção da jurisdição arbitral, independentemente de assinatura e/ou manifestação específica a esse respeito”³⁴⁵.

(Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 424, NR 31.

³⁴¹ Francisco José Cahali cita Modesto Carvalhosa, Jorge Lobo e Carlos Alberto Carmona. CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 425, NR 33.

³⁴² Art. 136-A, Lei 13.129/2015. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quórum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45. § 1º A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou. § 2º O direito de retirada previsto no *caput* não será aplicável: I – caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe; II – caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei.

³⁴³ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 426.

³⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AgIn 1694527-18.2009.8.13.0035, 10ª Câm Civ., j. 13.04.2010; Ap. 0710759-92.2008.8.13.0024, 13ª Câm. Civ. j. 09-07-2009. Ver também: CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 427, NR 38.

³⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista das jornadas do CJF**: direito civil, direito comercial, direito processual civil, prevenção e solução extrajudicial de litígios/ Superior Tribunal de Justiça, [Gabinete do Ministro Diretor da Revista], Conselho da Justiça Federal. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-jornadas-cjf-2018_1.pdf. Acesso em: 29 out. 2019, p. 176.

A legislação é omissa quanto à cláusula de mediação. Entretanto, entendemos serem aplicáveis as considerações acima à interpretação sobre a extensão dos efeitos da cláusula compromissória.

Outra discussão quanto à extensão dos efeitos da cláusula de mediação a partes não signatárias envolve grupos societários ou grupos econômicos.

Um grupo societário caracteriza-se por ser um agrupamento de empresas, pluralidade de sociedades, que possuem autonomia jurídica, mas que estão sujeitas a uma direção e gerenciamento únicos, entendido este último como elemento central a caracterizar o instituto. O entendimento de grupo de empresas está ligado à noção de controle, pois o fenômeno grupal implica que uma mesma pessoa (física ou jurídica) tenha controle de outras sociedades. Caracterizam-se, principalmente, pela diversidade jurídica de seus membros combinada com a unidade econômica. Faz-se mandatório a presença de uma centralização mínima da atividade administrativa das empresas que compõem o grupo, o que as induz a perderem, em parte, sua independência econômica³⁴⁶.

Cabe ressaltar que a simples participação de uma empresa, signatária de um contrato, em um grupo societário, não legitima, automaticamente, a extensão dos efeitos de tal contrato, ou de eventual cláusula de mediação, a outras empresas do mesmo grupo econômico. Para que possa ser efetuada a extensão dos efeitos, ou para que possam ser conhecidas as verdadeiras partes do negócio jurídico, indispensável analisar, em cada caso concreto, a vontade e o comportamento das partes. A participação de uma empresa em um grupo societário serve de indício, e não de presunção da participação de uma determinada sociedade em um negócio jurídico.

Essa matéria foi inicialmente discutida no Caso Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain (“Caso Dow Chemical”), um dos primeiros, na jurisprudência arbitral internacional, a enfrentar a questão da extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias pertencentes a um mesmo grupo societário, tornando-se uma referência no assunto.

Este julgado consagrou a teoria da unidade econômica de um grupo societário, reconhecendo que se uma sociedade de um mesmo grupo societário firmou um contrato contendo uma convenção arbitral, pode-se envolver outras sociedades, do mesmo grupo, que tenham tido papel relevante na execução do contrato, ainda que não sejam signatárias da convenção arbitral.

³⁴⁶ SCALETSCY, Fernanda Sirotsky; AZEVEDO, Marcelo Cândido de; SERPA, Pedro Ricardo. Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. **Revista de Direito Empresarial**. v. 3, pp. 321-351, DTR\2014\2689. São Paulo: RT, 2014 [versão eletrônica], p.15.

O caso refere-se a dois contratos de distribuição de equipamentos de isolamento térmico, firmados em 1965 e 1968, entre duas subsidiárias suíças da empresa norte-americana Dow Chemical e a empresa Isover Saint Gobain. Os contratos previam que a distribuição das mercadorias, em solo francês, poderia ser feita por qualquer empresa pertencente ao grupo Dow Chemical, e continham cláusulas compromissórias prevendo instauração de arbitragem na França, sob a administração da Câmara de Comércio Internacional (CCI)³⁴⁷.

Com a ocorrência de dificuldades de instalação em um dos produtos objeto dos contratos de distribuição, empresas do grupo Dow Chemical iniciaram o procedimento arbitral, alegando que os danos advindos dessas dificuldades eram responsabilidade da empresa Isover Saint Gobain.

A arbitragem foi iniciada por quatro empresas do grupo Dow Chemical, as duas subsidiárias suíças signatárias dos contratos de distribuição, uma subsidiária francesa e a empresa matriz norte-americana. Isover Saint Gobain levantou objeções preliminares quanto à jurisdição do tribunal arbitral, sediado em Paris, em relação à matriz norte-americana e à subsidiária francesa pertencente ao grupo Dow Chemical, tendo em vista que estas não firmaram os contratos objeto da disputa.

O tribunal arbitral decidiu que a empresa matriz e a filial francesa do grupo Dow Chemical deveriam ser vinculadas à convenção arbitral assinada por outras companhias do mesmo grupo. Os árbitros consideraram as circunstâncias da negociação, da execução e do término dos contratos que continham as cláusulas compromissórias, demonstrando a participação das empresas não signatárias no cumprimento dos contratos firmados por outras empresas do mesmo grupo societário.

O tribunal arbitral julgou que a matriz norte-americana e a subsidiária francesa do grupo da Dow Chemical estavam abrangidas pelos contratos que continham as convenções arbitrais, logo, eram partes legítimas para participar do procedimento arbitral. Assim, consolidou o entendimento de que empresas pertencentes a um mesmo grupo societário, apesar de terem personalidades jurídicas distintas, integram uma realidade econômica única, que deve ser considerada pelo julgador.

Além disso, concluíram os árbitros que a cláusula compromissória expressamente aceita por determinadas sociedades do grupo deveria vincular outras sociedades que, em virtude do papel desempenhado na conclusão, na execução ou no término dos contratos

³⁴⁷ ALVES, Rafael Francisco. Corte Internacional de Arbitragem da CCI. Sentença parcial n. 4.131, de 23 de setembro de 1982. Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain. **Revista Brasileira de Arbitragem**. v. 20, pp. 197-206. São Paulo: RT, out-dez. 2008, pp. 204-205.

contendo as referidas cláusulas, aparentam ter sido verdadeiras partes desses contratos, ou ter sido consideravelmente envolvidas pelos mesmos e pelos litígios que deles podem resultar.

A partir da análise do caso mencionado, verifica-se a necessidade de averiguação da realidade econômica dos contratos e da participação das empresas em sua formação, execução e término para, então, decidir a respeito da extensão de eventual convenção arbitral à parte não signatária.

Esse precedente consolidou a possibilidade jurídica da extensão da cláusula compromissória a empresas, não signatárias, pertencentes a um mesmo grupo societário, desde que estas tenham participado, efetivamente, da negociação, da execução ou da rescisão do negócio jurídico firmado por outra(s) empresa(s) pertencente(s) ao grupo.

Nesse sentido, Arnoldo Wald³⁴⁸ determina como requisitos que permitem a extensão dos efeitos da cláusula compromissória à sociedade não signatária: (a) a sociedade deve ter desempenhado um papel ativo nas negociações das quais decorreu o acordo onde consta a cláusula compromissória; (b) a sociedade deve estar envolvida, ativa ou passivamente, na execução do contrato no qual consta a cláusula compromissória; ou (c) a sociedade precisa ter sido representada, efetiva ou implicitamente, no negócio jurídico. Para o autor, é necessário o atendimento de apenas um deles, indistintamente.

Portanto, o consentimento em relação à arbitragem pode ser deduzido do comportamento de uma sociedade do grupo – não signatária da convenção arbitral – em razão de sua implicação na negociação e/ou execução e/ou resilição do contrato que contém a convenção e do qual são partes uma ou mais sociedades do grupo³⁴⁹. Entretanto, ser parte de um grupo societário não é, por si, uma condição suficiente para permitir a extensão da convenção arbitral às empresas não signatárias. Assim, devem os julgadores analisar, com atenção, a vontade das partes e o seu consentimento, antes de decidirem pela extensão, ou não, da convenção arbitral a partes não signatárias.

Assim como no caso da extensão dos efeitos quanto a sócios não signatários, a legislação é omissa quanto à extensão dos efeitos da cláusula de mediação a partes não signatárias. A jurisprudência nacional ainda não enfrentou essa questão. Entretanto, entendemos serem aplicáveis as considerações acima à interpretação sobre a extensão dos efeitos da cláusula de mediação a partes não signatárias pertencentes a um mesmo grupo societário ou econômico.

³⁴⁸ WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 2. São Paulo: RT, maio-ago., 2004, p. 33.

³⁴⁹ SCALETSCY, Fernanda Sirotsky; AZEVEDO, Marcelo Cândido de; SERPA, Pedro Ricardo. Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. **Revista de Direito Empresarial**. v. 3, pp. 321-351, DTR\2014\2689. São Paulo: RT, 2014 [versão eletrônica], p. 18.

A identificação dos declarantes é primordial para distinção entre as partes da cláusula de mediação ou terceiros, tendo em vista o princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Poderá ocorrer a extensão dos efeitos a pessoas originalmente não signatárias, mas ligadas de algum modo à relação jurídica que gerou a controvérsia.

Passamos agora a analisar o tempo e o lugar como elementos da cláusula de mediação. Os suportes fáticos de fatos jurídicos são, normalmente, fatos positivos, acontecimentos simples, complexos ou continuados. Os acontecimentos têm existência espacial e temporal, isto é, o fato acontece num determinado local e a certa hora³⁵⁰.

Sendo o negócio jurídico uma espécie de fato jurídico, não há fato que não ocorra em determinado ponto do espaço e num certo momento, daí a importância do tempo e do lugar.

O tempo assume grande relevância na apuração da decadência. O legislador reconhece sua relevância ao estabelecer em alguns dispositivos do Código Civil³⁵¹ que os efeitos de negócios jurídicos ali elencados dependem do momento em que ocorreu o negócio jurídico.

Em alguns negócios jurídicos, o tempo define obrigações das partes, como ocorre em contratos que estabelecem o período da confidencialidade das informações (pode, inclusive, ser posterior ao termo do contrato).

Conforme analisado nesta pesquisa, a cláusula de mediação é a estipulação pela qual “as partes se comprometem a submeter eventual conflito que venha surgir entre elas, à mediação, como meio de composição amigável”³⁵². A questão do tempo se faz em relação ao surgimento do conflito, tendo em vista que a cláusula é firmada antes da existência da controvérsia, ou seja, projeta-se para o futuro, pois, quando de sua celebração, o conflito ainda é potencial.

O lugar onde ocorre o negócio jurídico influencia diretamente sua interpretação. Ele determina, por exemplo, o foro competente e a lei aplicável^{353 354}. Em contratos

³⁵⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 92.

³⁵¹ Podem ser citados como exemplos os artigos 295 e 299 do Código Civil brasileiro como faz Ciro Rangel Azevedo. AZEVEDO, Ciro Rangel. **Vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória**: o caso dos grupos societários à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20700/2/Ciro%20Rangel%20Azevedo.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2019; Art. 295, Código Civil. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé; [...] Art. 299, Código Civil. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava.

³⁵² LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 185.

³⁵³ Artigo 9º, Decreto-Lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro determina que “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”).

celebrados entre partes sujeitas a jurisdições diferentes, esse ponto pode ter enorme relevância em matéria civil, tributária e penal.

No caso da cláusula de mediação, o lugar de celebração pode influenciar a compulsoriedade do início da mediação. Países de *common law*, por exemplo, tendem a não reconhecer a execução específica de contratos, mas sim a concessão de perdas e danos³⁵⁵.

5.2 Elementos categoriais da cláusula de mediação

Os elementos categoriais caracterizam a “natureza jurídica de cada tipo de negócio”. Eles são elucidados através da “análise doutrinária da estrutura normativa de cada categoria de negócio”. Os elementos categoriais não decorrem da vontade das partes, mas da ordem jurídica, ou seja, da lei e da interpretação criada pela doutrina e pela jurisprudência³⁵⁶.

Os elementos categoriais são divididos em essenciais (ou inderrogáveis) e naturais (ou derogáveis). Os primeiros servem para definir cada categoria de negócio, caracterizando sua essência. Já os segundos podem ser afastados pela vontade do agente(s) sem que isso altere o tipo negocial³⁵⁷.

Os elementos categoriais essenciais, conforme considerados nesse trabalho, se assemelham aos elementos essenciais³⁵⁸ ou *essentialia negotii*³⁵⁹ da doutrina tradicional. Eles equivalem à estrutura do ato e formam a substância sem a qual o negócio não existe³⁶⁰.

São exemplos de elementos categoriais essenciais a coisa, o preço e o consentimento na compra e venda³⁶¹, manifestação do *animus donandi* e o acordo sobre a transmissão de bens ou vantagens na doação e o acordo sobre a entrega de coisa infungível no comodato³⁶².

³⁵⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 69.

³⁵⁵ KULMS, Rainer. Mediation in USA: alternative dispute resolution between legislation and self-determination. In: HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (edits). **Mediation: principles and regulation in comparative perspective**. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle], p. 1268.

³⁵⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35.

³⁵⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35.

³⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 1: teoria geral do direito civil. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 498.

³⁵⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 182.

³⁶⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 182.

³⁶¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 182.

³⁶² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36.

O elemento categorial essencial da cláusula de mediação é confirmado com a deliberação negocial das partes em submeter à mediação potenciais controvérsias decorrentes de uma determinada relação negocial ou contrato. Há com isso a renúncia à submissão da controvérsia ao judiciário ou à arbitragem.

O termo renúncia advém do latim (*renuntiatio, renunciare*) e significa declarar ou anunciar que deixa, desistir, abdicar. No sentido jurídico indica o abandono ou a desistência de um direito que se tem sobre algo³⁶³. A renúncia importa, assim, em uma desistência voluntária, pela qual o titular de um direito deixa de usá-lo ou divulga que não pretende fazê-lo³⁶⁴.

A cláusula de mediação deve, portanto, ser identificável como uma renúncia.

Em outros ordenamentos jurídicos, os elementos essenciais da cláusula de mediação decorrem da definição de mediação e da natureza jurídica desta como um meio de solução de controvérsias. Na Suíça, cláusulas de mediação devem ser um contrato entre partes que preveja que uma eventual disputa deve, com a ajuda de um terceiro indicado (mediador), ser conjuntamente resolvida (e não decidida adjudicatoriamente) [tradução nossa]³⁶⁵.

Na Inglaterra, segundo decidido no caso *Cable and Wireless Plc. vs. IBM United Kingdom Ltd (2002)*³⁶⁶, uma cláusula de mediação pode ser identificada como vinculante e obrigatória se contiver uma certeza suficiente de escolha de um método alternativo de disputa e uma obrigação de participação mínima definida³⁶⁷.

Passamos agora à análise dos elementos categoriais naturais que são os resultantes da natureza do negócio jurídico. Ainda que repelidos pelas partes, o regime jurídico permanecerá inalterado³⁶⁸. São as consequências que decorrem do próprio negócio, sem necessidade de menção expressa³⁶⁹, pois a norma jurídica já determina tais consequências. Os elementos categoriais essenciais, como considerado nesse trabalho, assemelham-se aos

³⁶³ RENÚNCIA. In SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 96.

³⁶⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 96.

³⁶⁵ ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation: legal perspectives**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 191. No original: "In Switzerland mediation clauses must contain a party agreement that a certain dispute should, with the help of an identified third person (the mediator), be mutually (not authoritatively) settled".

³⁶⁶ REINO UNIDO. **England and Wales High Court** (commercial court) decisions. *Cable and Wireless Plc. vs. IBM United Kingdom Ltd* EWHC [2002] 2059 (Comm). Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2002/2059.html>. Acesso em: 29 out. 2019.

³⁶⁷ SALEHIJAN, Maryam. **The enforceability of alternative dispute resolution agreements: an analysis of selected european union member states**. Disponível em: <https://biblio.ugent.be/publication/8525884/file/8620483>. Acesso em: 12 set. 2019, pp. 11-12.

³⁶⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38.

³⁶⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 182.

elementos naturais³⁷⁰ ou *naturalia negotii*³⁷¹ da doutrina tradicional. Portanto, caso as partes desejem afastá-los, têm o ônus de se manifestarem nesse sentido.

São exemplos de elementos categoriais naturais: responsabilidade pela evicção, na compra e venda e nos contratos onerosos de disposição de bens, e responsabilidade pelos vícios redibitórios, nos contratos comutativos³⁷².

5.3 Elementos particulares

Os elementos particulares existem somente em um negócio concreto, sem serem próprios de todos os negócios. São sempre voluntários, diferenciando-se dos anteriores que decorrem do ordenamento³⁷³. Esses elementos são estipulações e cláusulas adicionadas pelas partes para modificar consequências naturais do negócio³⁷⁴ e “devem ser precisas e determinadas e não inferidas ou presumidas”³⁷⁵.

Os elementos particulares também são denominados elementos acidentais³⁷⁶ ou *accidentalia negotii*³⁷⁷. Segundo Maria Helena Diniz³⁷⁸, “nada mais são do que categorias modificadoras dos efeitos normais do negócio jurídico, restringindo-os no tempo ou retardando o seu nascimento ou exigibilidade”.

Antônio Junqueira de Azevedo³⁷⁹ pondera, citando José Carlos Moreira Alves, que os elementos acidentais somente são assim considerados no negócio jurídico abstratamente, pois no negócio jurídico concreto, estão intimamente ligados a este, tornando-se elemento essencial. Nesse sentido, Maria Helena Diniz explica que condição, termo e

³⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 498.

³⁷¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 182.

³⁷² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 182; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 498; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36.

³⁷³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38.

³⁷⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.182; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 498.

³⁷⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 184.

³⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 498.

³⁷⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 182.

³⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 585.

³⁷⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37.

encargo são autolimitações impostas pelas partes e “uma vez impostos à manifestação volitiva, dela tornam-se inseparáveis”³⁸⁰.

São exemplos de elementos particulares: condição, termo e encargo e a cláusula penal. A condição é cláusula, que subordina os efeitos do negócio jurídico a evento futuro e incerto³⁸¹. No caso da cláusula de mediação, a condição é inerente ao negócio: para sua eficácia é necessária a deflagração de um conflito entre os signatários.

Termo é a cláusula que subordina os efeitos do negócio jurídico a evento futuro e certo³⁸². Não se confunde com condição, pois neste o acontecimento futuro é certo; reporta a uma data no calendário³⁸³. Não se confunde também com o prazo de espaço de tempo entre a declaração de vontade e o advento do termo³⁸⁴.

O encargo (ou modo) é a cláusula pela qual se impõe uma obrigação, um ônus a quem se fez uma liberalidade³⁸⁵. Distingue-se da condição, pois nesta a existência ou extinção do direito fica suspensa até a verificação do acontecimento futuro e incerto³⁸⁶. Já o encargo não suspende a aquisição ou exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no ato pelo disponente³⁸⁷.

Além disso, o encargo é coercitivo, de modo que a pessoa beneficiada deverá cumprir o encargo sob pena de se revogar o negócio. Ao contrário, ninguém pode ser constrangido a submeter-se a uma condição.

³⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. v.1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 585, NR 161.

³⁸¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 230; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 585; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38.

³⁸² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 240; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 592; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38.

³⁸³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 240.

³⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 594; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 240.

³⁸⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 244; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 596; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38.

³⁸⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 245.

³⁸⁷ Art. 136, Código Civil. O encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no negócio jurídico, pelo disponente, como condição suspensiva.

Por fim, a cláusula penal é “o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verificarem em consequência da inexecução culposa de obrigação”³⁸⁸.

A Lei de Mediação faculta a inclusão de cláusula penal quando da estipulação da cláusula de mediação. A doutrina³⁸⁹ também recomenda a especificação de penalidades em caso de seu descumprimento³⁹⁰. Autores nacionais e estrangeiros³⁹¹ relatam a dificuldade de comprovação de danos causados em caso de descumprimento da cláusula de mediação. Assim, a fixação prévia de parâmetros para sua apuração e a desnecessidade de comprovação facilitam o ressarcimento.

5.4 Inexistência do negócio jurídico

O negócio jurídico é uma declaração de vontade vista socialmente a produzir efeitos jurídicos. Portanto, sem a declaração, não há negócio jurídico. É um nada, um não ser. Essa situação, entretanto, não gera discussão, não traz relevância ao mundo jurídico.

Ocorrem, todavia, situações nas quais há uma aparência de ser. O negócio inexistente é, assim, um negócio aparente, pois a aparência é sua essência³⁹². Nesse caso, o negócio não reúne os elementos exigidos pelo ordenamento para se materializar no mundo jurídico, sendo inexistente como negócio jurídico. Há “insuficiência na concreção do suporte fático”³⁹³.

Trata-se, portanto, simplesmente de uma situação fática, tendo em vista que o negócio não penetrou no mundo do direito por não ter sido suficientemente concretizado o suporte fático. Sendo inexistente no mundo jurídico, não há se falar em desconstituição

³⁸⁸ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 159.

³⁸⁹ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 108; LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 189.

³⁹⁰ José Emilio Nunes Pinto esclarece, em artigo sobre a cláusula compromissória, antes da promulgação e reconhecimento de constitucionalidade da lei de arbitragem: “costumava-se incluir pesada penalidade a ser paga pela parte que se recusasse a participar do procedimento arbitral. A penalidade então criada contratualmente tinha nitidamente a função de sancionar a parte inadimplente contratualmente já que não se dispunha de autorização legal para assegurar a execução específica da cláusula compromissória.” PINTO, José Emilio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. In: **Doutrinas Essenciais – arbitragem e mediação**. v. 2, pp. 221-238, set. 2014, DTR\2005\780, São Paulo: RT, 2014, [versão eletrônica], p. 9.

³⁹¹ HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (edits). **Mediation: principles and regulation in comparative perspective**. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013, [versão Kindle], p. 30.

³⁹² Antônio Junqueira de Azevedo esclarece que a melhor expressão seria negócio jurídico aparente, pois assim se evitariam discussões terminológicas em decorrência da contradição existente na expressão. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n.], 1986, p. 96, NR 8.

³⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova**. t. III. Atualizada por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012, p. 63; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 107.

judicial³⁹⁴. Afinal, “o que não é não necessita de ser desfeito (desconstituído), precisamente porque nunca existiu, nunca foi. Pode haver necessidade de declaração de inexistência, não, porém de desconstituição”³⁹⁵.

As hipóteses de inexistência são quatro³⁹⁶: a) falta absoluta de qualquer declaração; b) falta de declaração negocial; c) impossibilidade de se enquadrar uma declaração negocial em qualquer tipo de negócio jurídico ou na figura genérica de negócio jurídico; e d) impossibilidade de se atribuir uma declaração negocial a alguém.

A cláusula de mediação é um negócio jurídico pelo qual as partes de uma relação jurídica acordam resolver eventuais controvérsias decorrentes de uma relação jurídica através da mediação, renunciando, assim, à jurisdição estatal.

A renúncia, por ser caracterizada por uma desistência voluntária, somente pode surgir mediante manifestação de vontade³⁹⁷. Com isso, para a configuração da cláusula de mediação, faz-se mandatória a declaração negocial. A ausência de declaração negocial apta a formar a cláusula é uma anomalia extrema³⁹⁸.

Essa situação pode ocorrer em um contrato definitivamente falso, carente de manifestação de vontade. Ainda que a cláusula seja autônoma, nesse caso, não existe contrato e nem a cláusula de resolução de conflitos³⁹⁹.

Nesse caso hipotético, não há qualquer elemento que possa identificar a existência no mundo dos fatos da renúncia à jurisdição estatal. Não é possível transportar “um nada” para o mundo jurídico.

Essa cláusula hipotética não está apta a ser identificável como um fato jurídico, pois está desprovida de um mínimo essencial que a identifique como uma renúncia. Portanto, é inexistente no mundo jurídico.

Assim, é possível admitir a teoria da inexistência do negócio jurídico no tema da cláusula de mediação. Sua análise deve ser feita de forma independente à análise do contrato no qual ela está inserida, em decorrência do princípio da autonomia da cláusula de mediação.

³⁹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 271.

³⁹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 108.

³⁹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n.], 1986, p.100.

³⁹⁷ NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *In: Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 31.

³⁹⁸ NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *In: Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 31.

³⁹⁹ NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *In: Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 31.

Ausente declaração de vontade de qualquer das partes, o vício que configura a inexistência da cláusula é intransponível. Nessa situação não se materializa a renúncia pela parte à solução do litígio pela jurisdição estatal⁴⁰⁰ (efeito negativo da cláusula da mediação).

O Poder Judiciário já teve a oportunidade de avaliar casos que discutiam cláusulas compromissórias em contratos não assinados pelos interessados no conflito. Em caso julgado pela 14ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁴⁰¹ entendeu-se que a falta de assinatura do contrato no qual consta a cláusula compromissória não permite a identificação da manifestação de uma das partes na escolha da arbitragem, impedindo a extinção, de imediato, da ação judicial (ou seja, o efeito negativo).

Nesse sentido também decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“Contrato de compra e venda não assinado pela parte compradora e cujos termos não induzem a conclusão de que houve pactuação de cláusula compromissória, ausentes, ainda, quaisquer outros documentos escritos nesse sentido. Falta de prova quanto à manifesta declaração autônoma de vontade da requerida de renunciar à jurisdição estatal em favor da particular”⁴⁰².

Os entendimentos acima podem ser aplicáveis também para a avaliação em relação à cláusula de mediação. Cabe ressaltar que casos de inexistência do negócio jurídico são raros. Assim também são as situações de inexistência de cláusulas de mediação, tendo em vista que a maioria das ocorrências refere-se à sua invalidade.

⁴⁰⁰ NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *In: Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34.

⁴⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 14ª Câmara Cível. Agravo nominado em agravo de instrumento n. 0003202-97.2011.8.19.0000, j. 30-03-2011. AGRAVANTES: TIM CELULAR S.A. e outro. AGRAVADO: Secit Brasil Ltda. RELATOR: Des. Cleber Ghelfenstein. EMENTA: agravo nominado em agravo de instrumento. Agravo contra decisão monocrática do relator que negou seguimento ao recurso. Processo civil. Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada. Decisão de primeiro grau que rejeitou as preliminares suscitadas. Ilegitimidade passiva que se afasta. Aplicação da teoria da asserção, segundo a qual a presença das condições da ação refere-se aos fatos narrados na petição inicial e ao pedido nela formulado. Demais preliminares que se confundem com o mérito da ação de cobrança, não sendo possível, nesta fase processual, a análise de tais questões, sendo necessária a dilação probatória. Validade de cláusula de arbitragem que depende do contrato celebrado cuja eficácia está sendo discutida. Entendimento deste E. Tribunal acerca do tema. Por equívoco, ficou consignado que se negava seguimento ao recurso, quando o correto seria ter dado parcial provimento ao agravo de instrumento, para que tais pontos sejam apreciados após a dilação probatória. Ausência de argumento novo que justifique a revisão quanto à alegada ilegitimidade passiva da 2ª agravante, bem como, quanto ao mérito do agravo parcial. Provimento ao recurso para determinar que as questões relativas à cláusula de arbitragem e da ocorrência da prescrição sejam apreciados após a dilação probatória. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003737F2FE69E2261D2D78A49BF6C1A647862C4025F3E64&USER>. Acesso em: 08 out. 2019.

⁴⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SEC: 6753 UK**. Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 13-06-2002, Tribunal Pleno, Public. 04-10-2002 PP-00096 EMENT VOL-02085-02 PP-00317. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br>. Acesso em: 08 out. 2019.

6 A CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO NO PLANO DA VALIDADE

6.1 Requisitos de validade da declaração negocial

Feita a análise no plano da existência, e apresentando os elementos aptos a existir, a cláusula de mediação entra no mundo jurídico. A partir de então, é possível avançar para a análise no plano seguinte: o plano da validade.

As exigências para que o negócio se configure no mundo jurídico de modo regular são os requisitos de sua validade⁴⁰³. Cada sistema jurídico estabelece os requisitos de validade segundo os critérios que o norteiam. Tem-se como limites gerais da validade, a conformidade do negócio jurídico com o direito (entendida como licitude e possibilidade jurídica do objeto) e natureza das coisas sendo a possibilidade natural do objeto)⁴⁰⁴.

Os requisitos de validade são os caracteres exigidos por lei, que devem estar presentes nos elementos do negócio, para ele ser considerado válido⁴⁰⁵. Os requisitos de validade qualificarão, portanto, os elementos do negócio jurídico analisados no plano da existência⁴⁰⁶.

A verificação da validade ou invalidade refere-se, direta e exclusivamente, à perfeição, ou não, da exteriorização da vontade, quando seja juridicamente relevante⁴⁰⁷. Os efeitos desses fatos estão na dependência dos efeitos manifestados pelo agente como queridos; são, assim, necessários alguns requisitos para a declaração ser considerada válida.

A declaração negocial para ser considerada não defeituosa deverá⁴⁰⁸: a) decorrer de um processo volitivo; b) ser querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade; d) deliberada sem má-fé⁴⁰⁹. Se ela não apresentar todos esses requisitos, o negócio

⁴⁰³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

⁴⁰⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 57.

⁴⁰⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

⁴⁰⁶ Na obra **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial), Antônio Junqueira de Azevedo traz que os requisitos de validade podem ser agrupados em relação à formação; à estrutura e ao fim do negócio jurídico. Os requisitos concernentes à formação referem-se à proteção da integridade da vontade, incluindo pontos relativos à capacidade do agente e à verificação de inexistência dos vícios de consentimento (erro, dolo, coação, estado de necessidade/perigo e lesão). Os requisitos relativos à estrutura do negócio englobam forma e objeto do negócio jurídico, ambos analisados sob a ótica da validade. Já os requisitos de validade relativos ao fim do negócio jurídico relacionam-se com o resultado (fim lícito) objetivado com o negócio celebrado. Essa classificação, entretanto, não foi utilizada no presente trabalho. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 63. Mantivemos, entretanto, a estrutura proposta por este autor na obra **Negócio jurídico**: existência validade e eficácia. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

⁴⁰⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.158, NR 127.

⁴⁰⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 43.

⁴⁰⁹ Em oposição à má-fé, existe a expressão boa-fé. Esta possui diversos significados e é utilizada na legislação como conceito integrante de regra jurídica, princípio; pode ainda ser utilizada em seu caráter objetivo (conduta) ou no caráter

poderá ser considerado, por exemplo, nulo no primeiro caso por coação absoluta ou falta de seriedade; na segunda hipótese, ser anulável por erro ou dolo; por coação relativa, estado de perigo ou lesão na situação da alínea “c”, ou ainda ser invalidado por simulação ou fraude na última hipótese.

O primeiro requisito da declaração negocial é resultar de um processo volitivo. A declaração assim que proferida desprende-se do iter volitivo do agente e adquire sua autonomia. Por isso, a análise (da existência, validade e eficácia) é feita a partir da declaração. Tem-se, assim, que os efeitos surgem da declaração e não da vontade.

A vontade não é elemento de existência do negócio jurídico⁴¹⁰, mas age nos planos da validade ou da eficácia “corrigindo-o, auxiliando o seu entendimento e preenchendo suas omissões”⁴¹¹. A vontade tutelada pelo direito, portanto, é a vontade manifestada, aquela que foi conhecida pelas outras pessoas.

A falta de vontade de declarar significa que o agente não queria fazer a declaração negocial. Para ilustrar essa possibilidade a doutrina traz exemplos como a) casos em que há falta total de consciência ou razão natural; b) falta de vontade de conduta externa; c) falta de consciência da juridicidade do ato.

No caso da letra “a” são citados exemplos de hipnose⁴¹² e intoxicação⁴¹³. Já em relação a “b” são citados coação absoluta⁴¹⁴ e erro na expressão da vontade⁴¹⁵. E por fim, na hipótese do item “c”, os autores apresentam questões relacionadas a usos e costumes exigidos em determinadas circunstâncias negociais⁴¹⁶.

subjetivo. Aqui está sendo utilizado o sentido subjetivo, isto é, refere-se ao estado mental do agente que está agindo em conformidade com o direito.

⁴¹⁰ Marcos Bernardes de Mello entende de forma diferente. Para ele, a falta de vontade de manifestação ou nenhuma vontade equivale à ausência de manifestação, pois a vontade consciente é questão de suficiência do suporte fático. Nesse caso, o negócio jurídico não existe. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 195.

⁴¹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 85.

⁴¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 505; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n.], 1986, p. 162.

⁴¹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n.], 1986, p. 162.

⁴¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 206; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n.], 1986, p. 112.

⁴¹⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n.], 1986, p. 112.

⁴¹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n.], 1986, p. 112.

A reserva mental está prevista no art. 110 do Código Civil⁴¹⁷ e caracteriza-se pela vontade real não declarada da parte à outra parte, reservada pelo declarante. Este faz uma declaração de vontade não querida em seu conteúdo, tampouco em seu resultado, com o objetivo de enganar o destinatário⁴¹⁸. Há uma declaração de vontade que não é real.

Nesse caso a vontade permanece interna, o declarante não a exterioriza àquele a quem é destinada a declaração de vontade⁴¹⁹. Podem, entretanto, terceiros ter conhecimento dessa vontade. Para a caracterização da reserva mental, o destinatário é quem desconhece a real vontade.

Na reserva mental, o declarante quer algo e declara, conscientemente, algo diferente, assim, a reserva mental (real vontade) não influencia na validade do negócio jurídico. A vontade declarada é a que produzirá efeitos, salvo se o destinatário dela tiver conhecimento.

Para o negócio jurídico produzir os efeitos queridos pelos agentes, precisa a declaração ser regular e, para isso, a vontade ali manifestada deve corresponder àquela querida pelo emissor.

A análise do processo volitivo no plano da validade dá-se para corrigir o negócio jurídico. Alguns motivos geram defeitos na declaração seja porque a vontade não existiu (declarações feitas sob coação absoluta ou hipnose); porque não foi regular, resultando de uma noção inexata da realidade (erro, dolo); porque não foi uma opção espontânea (coação, estado de perigo) ou, ainda, por não ter resultado de motivos lícitos (simulação, fraude contra credores, lesão)⁴²⁰.

Os defeitos que deturpam a declaração quando de sua emissão por não permitir que a vontade manifestada corresponda à vontade real do agente são denominados pela doutrina de vícios do consentimento. Estes se caracterizam “por influências exógenas sobre a vontade exteriorizada ou declarada e aquilo que é ou devia ser a vontade real, se não tivessem intervindo as circunstâncias que sobre ela atuaram, provocando a distorção”⁴²¹.

Há vícios que afetam o ato negocial, há “uma vontade funcionando normalmente, havendo até correspondência entre a vontade interna e sua manifestação, entretanto, ela

⁴¹⁷ Art. 110, Código Civil. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

⁴¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 540.

⁴¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 179.

⁴²⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 85.

⁴²¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. v. 1. 31. ed. Atualizado por Maria Celina Moraes [Minha Biblioteca], 2018, p. 410.

desvia-se da lei ou da boa-fé, infringido o direito e prejudicando terceiros”⁴²². Estes vícios são denominados vícios sociais. Neste caso, há uma declaração de vontade que corresponde à vontade real do agente, entretanto esta visa resultado condenado ou condenável⁴²³.

O negócio jurídico sem defeito decorre da conformidade da declaração de vontade com a vontade real e com o ordenamento jurídico; a desconformidade com uma ou com outro produz o negócio jurídico defeituoso. A formação defeituosa dos negócios jurídicos está baseada no desequilíbrio da atuação da vontade relativamente à própria declaração ou exigências de ordem legal⁴²⁴.

Passamos, então, a analisar os vícios que podem incidir na declaração e torná-la defeituosa, impedindo a produção regular dos seus efeitos.

Analisaremos, primeiramente, o erro e a ignorância⁴²⁵. O erro caracteriza-se pela noção inexata, não verdadeira sobre coisa objeto ou pessoa, que influencia sua declaração de vontade⁴²⁶. A ignorância, por sua vez, é o desconhecimento completo sobre algo⁴²⁷.

O Código Civil brasileiro agrupa na mesma epígrafe o erro e a ignorância. Não havendo, portanto, disposição específica sobre a ignorância, seus efeitos são equiparados aos de erro. O Código, em sua Parte Especial⁴²⁸, traz alguns casos particulares de ignorância⁴²⁹.

⁴²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 506; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 190.

⁴²³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. v. 1. 31. ed. Atualizado por Maria Celina Moraes [Minha Biblioteca], 2018.

⁴²⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. v. 1. 31. ed. Atualizado por Maria Celina Moraes [Minha Biblioteca], 2018, p. 414.

⁴²⁵ Previstos nos artigos 138 a 144 do Código Civil.

⁴²⁶ Nesse sentido também estabelece o Black’s Law Dictionary: *mistake*: 1. (...). 2. *Contracts: The situation in which the parties to a contract did not mean the same thing – or when one or both, while meaning the same thing, formed untrue conclusions about the subject matter of the contract – as a result of which the contract may be rendered void.* 2. *Contratos: A situação em que as partes de um contrato não se referiram à mesma coisa – ou quando uma ou ambas, apesar de se referirem à mesma coisa, formaram conclusões falsas sobre o objeto do contrato – como resultado, o contrato pode ser anulado* [tradução nossa]. MISTAKE. GARNER, Bryan A. *et al* (edit) **Black’s law dictionary**. 7. ed. St. Paul (MN): West Group, 1999.

⁴²⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p.177; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, pp. 506-507; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.191; PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. v. 1. 31. ed. Atualizado por Maria Celina Moraes [Minha Biblioteca], 2018, p.415; IGNORÂNCIA. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 403-404.

⁴²⁸ Art. 850, Código Civil. É nula a transação a respeito do litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores, ou quando, por título posteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação; [...] Art. 1.974, Código Civil. Rompe-se também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários.

⁴²⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 191.

Alguns doutrinadores⁴³⁰ entendem que aquele que age com ignorância erra, pois, de certa forma, age sob uma ideia falsa.

O erro que possibilita a invalidade⁴³¹ do negócio jurídico é o erro substancial⁴³², assim considerado aquele sem o qual o declarante não realizaria o negócio⁴³³. É caracterizado erro substancial se o erro: a) interessa à natureza do negócio (*error in negotio*), ao objeto principal da declaração (*error in corpore*); b) concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade (*error in persona*); c) sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico; ou d) se houver falsidade quanto aos motivos, desde que expressos como razão determinante do negócio jurídico (erro quanto aos motivos relevantes)⁴³⁴.

O erro substancial para possibilitar a invalidade do negócio deve ser de uma intensidade que possibilite efetivamente viciar a vontade de tal forma que o agente não realizaria o negócio se a realidade fosse conhecida do agente.

O erro acidental (*error in quantitate* e erro de cálculo) refere-se às qualidades secundárias do objeto da declaração ou das pessoas ou, ainda dos motivos determinantes, se estes não forem declarados como razão determinante ou condição do negócio. Nas hipóteses de erro acidental, a declaração seria feita, entretanto, em termos diferentes⁴³⁵. O erro acidental não induz anulação do negócio jurídico, se for possível identificar a pessoa ou a coisa.

Em relação às consequências da anulação do negócio por erro, cabe ressaltar que aquele que errou tem o dever de indenizar a outra parte independentemente de haver ou não culpa daquele que errou⁴³⁶.

A lei⁴³⁷ estabelece que a anulabilidade deixa de existir quando o destinatário da declaração se oferece para executá-la nos termos da vontade real do declarante. Essa é uma

⁴³⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p.177; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 196.

⁴³¹ Art. 138, Código Civil. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

⁴³² Art. 139, Código Civil. O erro é substancial quando: I – interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II – concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; III – sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

⁴³³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p.174; ESSENCIAL MISTAKE. GARNER, Bryan A. *et al* (edit) **Black's law dictionary**. 7. ed. St. Paul (MN): West Group, 1999.

⁴³⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 199.

⁴³⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p.174.

⁴³⁶ Enunciado n.12 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada nos dias 12 e 13 de setembro de 2002: na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, por que o dispositivo adota o princípio da confiança. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista das jornadas do CJF: direito civil, direito comercial, direito processual civil, prevenção e solução extrajudicial de litígios/ Superior Tribunal de Justiça**. [Gabinete do Ministro Diretor da Revista], Conselho da Justiça Federal. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-jornadas-cjf-2018_1.pdf. Acesso em: 29 out. 2019, p. 26.

consequência lógica do sistema, pois cessando os efeitos do erro, não há motivo para a anulação do negócio jurídico.

Outro vício que pode incidir sobre a declaração é o dolo^{438 439 440}. Trata-se da utilização de um artifício astucioso, mentira ou omissão maliciosa que induz alguém em erro, levando-o a realizar um negócio jurídico que não realizaria ou que seria realizado em condições menos desvantajosas⁴⁴¹.

O dolo, que vicia a vontade e pode dar causa à anulabilidade do negócio jurídico, caracteriza-se a) pela ação ou omissão intencionais de uma das partes (*deceptor*), ou de terceiro, com a ciência da primeira, com a finalidade de induzir a erro a outra parte (*deceptus*), fortalecer erro que nele já incidia, ou nele mantê-lo; b) ser a causa eficiente do negócio de modo que sem ele o negócio não teria sido realizado⁴⁴².

A doutrina e a jurisprudência admitem o dolo bom (*dolus bonus*), que é um comportamento tolerado, pois não tem a finalidade de prejudicar a outra parte. Pode resultar de “propaganda, ou elogio de objeto destinado à venda ou consumo”⁴⁴³.

Por outro lado, no *dolus malus* há má-fé⁴⁴⁴. Este é condenado e induz à anulabilidade do negócio jurídico.

O dolo pode apresentar-se também como omissão. Nesse sentido, estabelece o art. 147: “nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado”.

Se ambas as partes agirem com dolo, não poderá haver anulação do negócio⁴⁴⁵. Nenhuma das partes pode alegar o dolo e se beneficiar da própria torpeza⁴⁴⁶.

⁴³⁷ Art. 144, Código Civil. O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante.

⁴³⁸ Arts. 145 a 150, Código Civil.

⁴³⁹ O sentido do vocábulo dolo na acepção civil vem do latim *dolus* (artifício, manha, esperteza, velhacaria) e, empregado no sentido acima, é vício do consentimento. Na área de direito penal tem sentido diferente, qual seja a vontade consciente, a intenção de praticar um delito por ação ou omissão. O Código Civil por vezes também usa esse conceito, como se observa nos arts. 392, 400, 403, 461, 762 e 814; DOLO. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 120; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 215, NR 284.

⁴⁴⁰ No *common law* a definição do termo “fraud” assemelha-se ao dolo como aqui explicado: *I. A knowing misrepresentation of the truth or concealment of a material fact to induce another to act to his or her detriment*. 1. Uma deturpação consciente da verdade ou ocultação de um fato material para induzir terceiro a agir em seu prejuízo [tradução nossa]. FRAUD. GARNER, Bryan A. *et al* (edit) **Black’s law dictionary**. 7. ed. St. Paul (MN): West Group, 1999.

⁴⁴¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 182; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 516; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil – parte geral**. v. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 200.

⁴⁴² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 216.

⁴⁴³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p.188.

⁴⁴⁴ O princípio de boa-fé, consubstanciado no art. 422 (e reafirmado no art. 187) do Código Civil, traz à esfera privada os deveres laterais da boa-fé objetiva, exigindo-se das partes, no decorrer de todas as etapas da relação obrigacional, padrões de comportamento e conduta fundados principalmente na lealdade e na confiança.

O erro difere-se do dolo, pois enquanto aquele é um equívoco do próprio declarante sem que a outra parte tenha concorrido, o dolo caracteriza-se como um erro provocado por ato ilícito de outrem. Além disso, há algumas diferenças em relação aos efeitos provocados pelo dolo e pelo erro⁴⁴⁷: a) qualquer tipo de dolo principal⁴⁴⁸ leva à anulabilidade; isto somente acontece com o erro substancial; b) o dolo acidental acarreta responsabilidade por perdas e danos, já o erro acidental é irrelevante; c) no dolo há responsabilidade do receptor da declaração por perdas e danos; d) no dolo não há de se falar em escusabilidade do erro; e) a prova do dolo é mais fácil que a do erro.

Há outras figuras que se assemelham ao dolo, como a fraude e a coação, que não devem com ele ser confundidas.

A fraude e o dolo possuem como característica o uso de manobras maliciosas. A diferença está na pessoa atingida pela ação. Enquanto no dolo as manobras induzem o declarante a concorrer na formação do negócio, na fraude o prejudicado é terceiro⁴⁴⁹.

Já a coação se aproxima do dolo por constituir violência psicológica deformadora da vontade. Entretanto a primeira possui maior gravidade, pois age diretamente sobre a liberdade do declarante, enquanto a primeira age somente sobre sua inteligência⁴⁵⁰.

Passamos a analisar a coação⁴⁵¹ propriamente dita, que se caracteriza por ser a pressão física ou moral exercida sobre alguém para obrigá-lo ou induzi-lo a realizar um negócio jurídico⁴⁵². O vocábulo coação deriva do latim *coactio*, de *cogere*, que significa constranger, obrigar, violentar⁴⁵³. Pressupõe, portanto, a ideia de forçar.

Ela pode ser física (*vis absoluta*) ou moral (*vis compulsiva*). A primeira apresenta-se como um constrangimento corporal (violência física) que retira a capacidade de expressar

⁴⁴⁵ Art. 150, Código Civil. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.

⁴⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 522; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** – parte geral. v. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 205; PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. v. 1. 31. ed. Atualizado por Maria Celina Moraes [Minha Biblioteca], 2018, p. 423.

⁴⁴⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 190.

⁴⁴⁸ O dolo principal ou essencial é aquele que leva o agente a concluir o negócio; o dolo acidental é aquele que leva a parte a realizar o negócio em condições mais onerosas ou menos vantajosas.

⁴⁴⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** – parte geral. v.1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 201.

⁴⁵⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** – parte geral. v.1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 201.

⁴⁵¹ Arts. 151 a 155, Código Civil.

⁴⁵² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 524; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 206.

⁴⁵³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 443.

sua real vontade. A maioria da doutrina entende que esse vício priva a liberdade de declaração do agente, sendo o ato nulo^{454 455}.

A coação moral atua sobre a vontade, sem suprimir totalmente seu consentimento, podendo optar entre o negócio exigido ou o dano com que é ameaçada⁴⁵⁶. A coação moral é, assim, um ato que gera o medo que leva ao vício do consentimento⁴⁵⁷. O declarante manifesta sua vontade, entretanto, ela é diversa da vontade que seria manifestada de forma espontânea se não houvesse a coação.

Para que a coação possa levar à invalidação do ato jurídico ela deve apresentar os seguintes pressupostos⁴⁵⁸: a) causa determinante do ato, ou seja, deve haver nexos causal entre o ato e a declaração da vítima; b) deve ser grave, analisando-se as circunstâncias no caso concreto o temor de grande intensidade; c) o dano deve ser iminente, isto é, o declarante não tem meios para furtar-se ao dano; d) o dano deve ser considerável, isto é, o dano ameaçado deve ser efetivo ou potencial à pessoa ou ao patrimônio; e, e) a ameaça deve dirigir-se à pessoa ou patrimônio do declarante, ou de sua família ou, ainda, a terceiro não integrante de sua família se o juiz entender que houve coação.

Não se considera coação a) ameaça do exercício normal de um direito, tendo em vista que a violência deve ser injusta, nem b) temor reverencial, caracterizado por receio de desagradar superior hierárquico ou outra pessoa a quem se deve respeito ou obediência⁴⁵⁹.

Em relação à coação praticada por terceiro, o Código estabelece que ela vicia o negócio jurídico, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos. Prevê, ainda, que se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento, subsistirá o negócio jurídico; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos causados ao coacto.

⁴⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 524; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** – parte geral. v.1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 206. Antônio Junqueira de Azevedo cita ainda Eduardo Espínola, Orlando Gomes e Silvio Rodrigues. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p.163, NR 53.

⁴⁵⁵ Marcos Bernardes de Mello entende que no caso de *vis absoluta* não há vontade ou manifestação da vontade. É o caso de inexistência do negócio jurídico. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 230; Antônio Junqueira de Azevedo, tem posição contrária, afirmando que há a declaração, sendo, portanto, um vício da vontade (falta de vontade). AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p.163, NR 53.

⁴⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 524; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** – parte geral. v.1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 207.

⁴⁵⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 192.

⁴⁵⁸ Art. 151, Código Civil. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incute ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens. Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.

⁴⁵⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** – parte geral. v.1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 211.

Como se observa das explicações acima, o dolo e a coação assemelham-se por resultarem de atos imorais e constituírem uma injustiça (aqui no sentido de antijuridicidade). Ambos são violência psicológica que deturpam a vontade, mas apresentam naturezas diferentes. No dolo são empregados artifícios maliciosos, atuando sobre a inteligência do declarante. Já na coação a violência materializa-se em forma de ameaças à integridade física, moral pessoal ou patrimonial do declarante ou terceiro a ele ligado⁴⁶⁰. A coação é, portanto, mais grave que o dolo.

Outra hipótese que pode viciar a declaração negocial é a presença de estado de perigo⁴⁶¹. O estado de perigo ocorre quando alguém, envolvido em situação de grave risco (para si ou pessoa que lhe é querida), celebra negócio jurídico em condições desvantajosas (e excessivamente onerosas) que não seriam assumidas em uma situação normal⁴⁶².

No estado de perigo há um temor de grave e iminente dano à pessoa (vida, saúde ou integridade física), excluído qualquer prejuízo de ordem patrimonial.

São pressupostos para a invalidade do negócio jurídico com base no estado de perigo: a) perigo seja a causa do ato; b) obrigação excessivamente onerosa; c) necessidade de conhecimento pela outra parte da situação sob a qual o declarante realizou o negócio.

Em relação ao primeiro item, a razão de celebrar o negócio deve ser o estado de perigo. O declarante assume uma obrigação excessivamente onerosa para salvar sua vida ou evitar danos graves à saúde. Se houver perigo real e o declarante ignorá-lo ou entender que não é grave, não se pode alegar vício de consentimento⁴⁶³, não havendo, assim, razão para invalidade.

O dano deve ser iminente e grave. O declarante fica de tal forma tomado pelo temor que perde a liberdade e a consciência para expressar sua real vontade negocial. Nessa hipótese o julgador deverá analisar as circunstâncias concretas para avaliar os fatores psicológicos e culturais que podem influir na decisão do declarante.

A obrigação assumida pelo declarante, por sua vez, deve ser excessivamente onerosa, isto é “grande desproporção entre o valor real do serviço prestado para eliminar o

⁴⁶⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 223.

⁴⁶¹ Art. 156, Código Civil. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

⁴⁶² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 200; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 533; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 240.

⁴⁶³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 534.

estado de perigo e aquele pago por imposição daquele que se beneficia do negócio jurídico”⁴⁶⁴.

Há, por fim, a necessidade de que o temor do risco seja de conhecimento da outra parte; sua ignorância descaracteriza o estado de perigo. Não se trata de ter conhecimento do dano que o declarante possa sofrer ou da extensão do perigo, mas da situação pela qual enfrenta o declarante.

A configuração do estado de perigo configura-se, assim, quando havendo a iminência do perigo (segundo a percepção do declarante) e a outra parte, tendo conhecimento da situação, aproveita para realizar o negócio em condições excessivamente onerosas para o declarante.

Em caso de lesão, a vontade também pode ser considerada defeituosa. O Código Civil anterior não tinha previsão relativa ao instituto da lesão. Segundo o art. 157 do Código Civil, “ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”. Esse instituto visa proteger o equilíbrio contratual⁴⁶⁵ e evitar que haja um benefício excessivo de uma das partes com o conseqüente prejuízo para outra em contratos onerosos⁴⁶⁶. Segundo Maria Helena Diniz, “visa proteger o contratante, que se encontra em posição de inferioridade, ante a prejuízo por ele sofrido na conclusão do contrato comutativo, devido à considerável desproporção existente, no momento da efetivação do contrato, entre as prestações das duas partes”⁴⁶⁷.

O termo lesão compreende mais de um instituto, a saber a) lesão enorme (*laesio enormis*) ou lesão propriamente dita; b) lesão usurária ou usura real; c) lesão especial⁴⁶⁸.

A lesão enorme advém do direito romano⁴⁶⁹ e para sua caracterização basta haver a desproporção excessiva entre vantagem auferida por uma parte e desvantagem sofrida pela outra. Trata-se de defeito relativo ao objeto do negócio jurídico⁴⁷⁰.

⁴⁶⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 242.

⁴⁶⁵ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016 [Minha Biblioteca], p. 315.

⁴⁶⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 204.

⁴⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 528.

⁴⁶⁸ Assim denominada por Antônio Junqueira de Azevedo por “falta de outro nome”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 204.

⁴⁶⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 205; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 246.

⁴⁷⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 205.

No direito pátrio esse tipo de lesão está tipificado no art. 51⁴⁷¹ do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que proíbe a exigência de vantagem excessiva por parte do fornecedor de produtos ou serviços.

A lesão usurária, historicamente é mais recente. Está prevista no Código Civil Alemão (BGB), § 138, 2ª parte⁴⁷² que determina a nulidade do negócio celebrado quando alguém, aproveitando-se do estado de necessidade, leviandade ou inexperiência da outra parte, obtém, para si ou para terceiros, vantagens patrimoniais, cujo valor configure manifesta e excessiva desproporção entre prestação e contraprestação⁴⁷³. Neste caso não se investiga a vontade da vítima, mas a vontade do autor da lesão⁴⁷⁴.

No direito pátrio, está prevista no art. 4º da Lei 1.521/51⁴⁷⁵ e no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁷⁶. Ao ser tipificada como crime, a lesão usurária torna o objeto do negócio jurídico ilícito.

Por fim, há também a lesão especial estabelecida no art. 157 do Código Civil brasileiro⁴⁷⁷. Segundo Maria Helena Diniz, esse tipo de lesão caracteriza-se por ser o

“prejuízo que uma das partes sofre na conclusão de um negócio, oriundo da desproporção existente entre as prestações dos contraentes, sendo que a outra, ante a premente necessidade ou inexperiência daquela obtém lucro exorbitante ou desproporcional ao proveito resultante da prestação”⁴⁷⁸.

São pressupostos da lesão especial que permitem a invalidade do negócio jurídico:

a) assunção por uma das partes de prestação com valor desproporcional à contraprestação; e

⁴⁷¹ Art. 51, Código Civil. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

⁴⁷² BGB § 138 (2) *Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen*. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_138.html. Acesso em: 03 out. 2019 [Código Civil Alemão, § 138, 2]. Um negócio jurídico em particular é nulo quando, explorando a situação, inexperiência, falta de julgamento ou perda substancial de vontade de outra pessoa ou de um terceiro, pode-se prometer ou conceder benefícios por um benefício que é visivelmente desproporcional ao benefício [Tradução Google Tradutor. Disponível em: <https://translate.google.com.br/?hl=pt-BR&tab=TT>. Acesso em: 05 nov. 2019].

⁴⁷³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 247.

⁴⁷⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 206.

⁴⁷⁵ Art. 4º, Lei 1.521/51. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: [...] b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

⁴⁷⁶ Art. 39, Código de Defesa do Consumidor. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.

⁴⁷⁷ Art. 157, Código Civil. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

⁴⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 530.

b) que o negócio danoso tenha sido formalizado pelo lesado em decorrência de (i) grave estado de necessidade, ou (ii) inexperiência no mundo dos negócios⁴⁷⁹.

A lesão especial difere da lesão enorme (e da lesão consumerista), pois nesta a lesão é objetiva. Difere também da lesão usurária pois o aspecto subjetivo desta é o abuso da parte beneficiada e naquela a vulnerabilidade do lesado⁴⁸⁰.

Há de se destacar também que a lesão aqui tratada deve ocorrer quando da formação do contrato e influenciar a formação da declaração. Se a onerosidade se der quando da execução do negócio jurídico, então deverá ser aplicada a cláusula *rebus sic stantibus*⁴⁸¹.

A lesão assemelha-se ao estado de perigo, pois ambos decorrem do estado de necessidade do lesado. Na lesão, porém, o risco é patrimonial, geralmente causado por estado de necessidade econômica. No estado de perigo, haverá um temor de iminente e grave dano decorrente de risco pessoal (vida, saúde, integridade física ou psíquica) do lesado ou de terceiro⁴⁸².

Analisaremos brevemente a questão da boa-fé, pois ela é relevante para a configuração de vício na declaração negocial em decorrência de simulação e fraude. Além de ser um princípio importante no estudo do negócio jurídico.

A boa-fé não era considerada, no Código Civil de 1916, como pressuposto de validade de atos jurídicos. A doutrina e a jurisprudência, entretanto, admitiam que os negócios jurídicos deveriam ser interpretados segundo a boa-fé.

⁴⁷⁹ Deve-se observar, entretanto, que o entendimento para negócios empresariais é diferente: “Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência”. (Enunciado n. 28 do CJF, aprovado na I Jornada de Direito Comercial). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista das jornadas do CJF**: direito civil, direito comercial, direito processual civil, prevenção e solução extrajudicial de litígios/ Superior Tribunal de Justiça, [Gabinete do Ministro Diretor da Revista], Conselho da Justiça Federal. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-jornadas-cjf-2018_1.pdf. Acesso em: 29 out. 2019, p. 177.

⁴⁸⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016 [Minha Biblioteca], p. 315.

⁴⁸¹ A teoria da cláusula *rebus sic stantibus* estabelece que, nos contratos de trato sucessivo ou a termo, os contratantes devem cumprir, durante sua execução, rigorosamente suas disposições, enquanto as circunstâncias do momento da contratação permanecerem inalteradas. O Código Civil de 2002 trouxe instrumentos para que seja possível reequilibrar as prestações das partes em contratos de longa duração ou a termo àquilo que foi efetivamente objetivado pelas partes quando da sua contratação. Nesse sentido são as regras contidas nos arts. 317, 478, 479 e 480 (a seguir transcritos) do atual Código Civil, que disciplinam a onerosidade excessiva. Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quando possível, o valor real da prestação. Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

⁴⁸² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 533.

Nos Códigos Civis estrangeiros⁴⁸³ já havia regra explícita no sentido de que os contratos devem ser executados e interpretados em conformidade com a boa-fé.

A expressão boa-fé possui diversos significados. É utilizada na legislação como conceito integrante de regra jurídica; princípio; ou, ainda seu caráter objetivo; ou em seu sentido subjetivo. A boa-fé subjetiva refere-se a um estado mental do agente em estar agindo em conformidade com o direito⁴⁸⁴.

O princípio da boa-fé, consubstanciado no art. 422 do Código Civil⁴⁸⁵, traz à esfera privada os deveres laterais da boa-fé objetiva, exigindo-se das partes, no decorrer de todas as etapas da relação obrigacional, padrões de comportamento e de conduta fundados principalmente na lealdade e na confiança⁴⁸⁶.

Assim como outras expressões gerais, não é possível apresentar uma definição “apriorista e bem-acabada” de boa-fé objetiva⁴⁸⁷, tendo em vista que se refere a conjunturas de cada caso⁴⁸⁸ e aos “fatores vitais determinantes de sua aplicação”⁴⁸⁹. A análise da boa-fé objetiva faz-se assim por sua função⁴⁹⁰.

A doutrina apresenta as três principais funções da boa-fé objetiva⁴⁹¹ elencadas no Código Civil brasileiro: (a) de criação de deveres, isto é, como regra de conduta obrigatória

⁴⁸³ Nesse sentido, estabelece o §157 do Código Civil Alemão: *§157 Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_157.html. Acesso em: 03 out. 2019 [contratos devem ser interpretados da mesma maneira que a boa-fé exige, levando em consideração o tráfego] [Tradução Google Tradutor. Disponível em: <https://translate.google.com.br/?hl=pt-BR&tab=TT>. Acesso em: 05 nov. 2019].

⁴⁸⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 20; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 279; BOA-FÉ. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 327. Nesse sentido define também Black’s Law Dictionary: “A state of mind consisting in (1) honesty in belief or purpose, (2) faithfulness to one’s duty or obligation, (3) observance of reasonable commercial standards of fair dealing in a given trade or business, or (4) absence of intent to defraud or to seek unconscionable advantage”. “Um estado mental que consiste em (1) honestidade na confiança ou intenção, (2) fidelidade a dever ou obrigação perante alguém, (3) observância de padrões comerciais razoáveis de negociação justa em determinado negócio ou (4) ausência de intenção de fraudar ou buscar vantagem injustificada [tradução nossa]. GOOD FAITH. GARNER, Bryan A. et al (edit) **Black’s law dictionary**. 7. ed. St. Paul (MN): West Group, 1999.

⁴⁸⁵ Art. 422, Código Civil. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁴⁸⁶ Nesse sentido é também o art. 242 do Código Civil Alemão: *§ 242 Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*. Art. 242 Execução em boa-fé. O devedor tem o dever de cumprir de acordo com os requisitos de boa fé, levando em consideração a prática habitual [Tradução Google Tradutor. Disponível em: <https://translate.google.com.br/?hl=pt-BR&tab=TT#view=home&op=translate&sl=de&tl=pt>. Acesso em: 05 nov. 2019].

⁴⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 43.

⁴⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 43.

⁴⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 43.

⁴⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 43; LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípios contratuais**. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

⁴⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 484; LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípios contratuais**. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71; PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 20.

dos contratantes, nos termos do art. 422⁴⁹²; (b) hermenêutico-integrativa, ou seja, como regra de interpretação dos negócios jurídicos, conforme art. 113⁴⁹³ e, (c) limitadora ou corretora, atuando como limitadora de direitos subjetivos, como no caso do art. 187⁴⁹⁴.

A boa-fé, em sua função de criação de deveres refere-se ao comportamento das partes desde a negociação até o efetivo cumprimento do negócio jurídico. Ela obriga as partes a atuarem “de modo a garantir obtenção, por ambas, do resultado útil programado”⁴⁹⁵. As partes devem colaborar fazendo o que estiver a seu alcance para que se obtenha o previsto no contrato, desde que, evidentemente, isso não importe em sacrifício de interesses legítimos próprios⁴⁹⁶. São, portanto, deveres de conduta baseados em dever de correção, de cuidado, de segurança, de informação, de cooperação, de sigilo, de prestar contas.

A função hermenêutica da boa-fé permite a valoração da conduta das partes no curso do processo obrigacional, comparando a conduta efetivamente havida com o padrão de condutas segundo a boa-fé⁴⁹⁷, ou seja, atitude cooperativa, honesta, proba e leal com os fins perseguidos com o negócio jurídico celebrado e as expectativas geradas com sua pactuação. O que se visa proteger é a legítima confiança de que aquilo que foi prometido será cumprido. O atual Código Civil brasileiro adotou a teoria da confiança, reforçando sua aplicação no art. 187 ao determinar que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A função corretora possui duas vertentes, segundo Judith Martins-Costa⁴⁹⁸. A mais relevante é a função corretora do exercício jurídico que visa “impedir o exercício manifestamente desleal, incoerente, imoderado ou irregular de direitos subjetivos, formativos, faculdades e posições jurídicas”. Sua incidência dá-se em todas as fases da relação obrigacional. Relaciona-se, assim, com outras regras e princípios, tais como liberdade, coerência, equilíbrio, justiça comutativa e utilidade⁴⁹⁹. A segunda denomina-se função de ajustamento do conteúdo contratual e promove o controle do conteúdo nos contratos de

⁴⁹² Art. 422, Código Civil. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁴⁹³ Art. 113, Código Civil. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁴⁹⁴ Art. 187, Código Civil. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁴⁹⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 20.

⁴⁹⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 20.

⁴⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 511.

⁴⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 625.

⁴⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 625.

adesão, em que uma das partes encontra-se em vulnerabilidade legalmente presumida⁵⁰⁰.

Feitas as considerações acima, passemos à análise da simulação⁵⁰¹ e da fraude⁵⁰². A simulação, segundo Washington de Barros Monteiro⁵⁰³, traduz uma inverdade, pois é caracterizada pelo desacordo intencional entre a vontade interna e a declarada, no sentido de criar, aparentemente, um ato jurídico que, de fato, não existe, ou, então, oculta sob determinada aparência, ato realmente querido⁵⁰⁴.

Com a simulação busca-se iludir alguém “por meio de uma falsa aparência que encobre a verdadeira feição do negócio”⁵⁰⁵. Assim, na simulação “quer-se o que não aparece, não se querendo o que efetivamente aparece”⁵⁰⁶.

Como visto acima, a simulação pretende sempre enganar um terceiro, causando-lhe prejuízo. Apesar disso, a sistemática do Código atual desconsiderou o aspecto do dano como necessário para a configuração da simulação invalidante do negócio jurídico⁵⁰⁷. Não importa, assim, se o negócio causa ou não dano a terceiros, pois o negócio jurídico simulado produzirá seus efeitos em face de terceiros de boa-fé, nos termos do art. 167, § 2º⁵⁰⁸.

A fraude contra credores, por sua vez, é caracterizada por “todo ato de disposição e oneração de bens, créditos e direitos, a título gratuito ou oneroso, praticado por devedor insolvente, que acarrete redução de seu patrimônio, em prejuízo de credor preexistente”⁵⁰⁹.

A fraude contra credores é, assim, todo ato que ocasiona a diminuição patrimonial do devedor de forma a reduzir sua capacidade de saldar regularmente suas dívidas⁵¹⁰.

A doutrina⁵¹¹ traz como elementos da fraude: um elemento objetivo (*eventos damni*), que é o ato prejudicial ao credor e um elemento subjetivo (*consilium fraudis*), que é a má-fé, caracterizada pela consciência do devedor de que de seu ato advirão prejuízos⁵¹².

⁵⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 625.

⁵⁰¹ Art. 167 § 1º, Código Civil. Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III – os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

⁵⁰² Arts. 158 a 165, Código Civil.

⁵⁰³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 213.

⁵⁰⁴ Art. 167, § 1º, Código Civil. Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III – os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

⁵⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 539.

⁵⁰⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 173.

⁵⁰⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 174.

⁵⁰⁸ Art. 167, § 2º, Código Civil. Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

⁵⁰⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 253.

⁵¹⁰ Art. 158, Código Civil. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

Os requisitos de formação da declaração negocial visam proteger a integridade da vontade das partes. Assim, uma cláusula de mediação, para ser considerada válida, deve provir de uma manifestação de vontade, que corresponda ao que efetivamente é querido pelas partes, declarada livremente e sem qualquer vício.

Desse modo, se a cláusula possuir algum defeito concernente ao consentimento da parte, como erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão, ela é considerada inválida.

A redação da cláusula de mediação, como já destacado, há de ser cautelosa. Pode, hipoteticamente, ser incluída uma cláusula elegendo a mediação como forma alternativa de resolução de controvérsias, indicando uma câmara que não possui regulamento de mediação e somente administra processos arbitrais. Neste caso, uma das partes pode alegar que não concordou com a mediação, mas sim com a arbitragem e que o erro está no método; a outra, por sua vez, pode alegar que o erro está na indicação da câmara, pois o método escolhido é a mediação. Em ambos os casos, o erro pode ser considerado substancial e a cláusula tida como inválida.

Alguns países já enfrentaram situações relativas à declaração defeituosa na formação de uma cláusula de mediação. Em Ohio, nos Estados Unidos da América, um julgado invalidou um contrato de mediação por ser considerado irregular na sua formação e injusto quanto a seu conteúdo⁵¹³.

O caso em questão trata de um contrato denominado “Acordo para Mediar e Arbitrar Controvérsias Relacionadas ao Emprego” (o “Acordo ADR” ou o “Acordo”) adotado por Hooters, uma cadeia de restaurantes, logo após Rachel Garrett começar a trabalhar em uma filial em Toledo, Ohio, como garçoneiro. O contrato exigia a mediação compulsória não vinculante seguida de arbitragem obrigatória, caso a mediação não obtivesse êxito; estipulava também a divisão de custos e determinava que o empregado pagasse, pelo menos, metade dos custos ou o equivalente a uma semana do salário então devido. Além disso, previa que a mediação deveria acontecer em até 10 (dez) dias da ocorrência da controvérsia e em cidade diferente da residência da autora. O restaurante adotou uma política exigindo assinatura dos funcionários para que pudessem se candidatar a promoções, aumentos e outras mudanças em

⁵¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 550; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 222.

⁵¹² Marcos Bernardes de Mello discorda da necessidade da consciência do devedor de que seu ato acarretaria prejuízos para a caracterização da fraude, apoiado em juristas como Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda e Clóvis Beviláqua. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 255.

⁵¹³ RALPH, Jennifer M. Unconscionable mediation clause: Garret vs. Hooter-Toledo. In: **Harvard Negotiation Law Review** v.10. Spring 2005, pp. 383-400. Disponível em: https://www.hnlr.org/wp-content/uploads/sites/22/2012/04/unconscionable_mediation_clauses_garrett_v_hooters-toledo.doc. Acesso em: 8 jul. 2019.

situação de trabalho. A reclamante alegou que, ao chegar ao trabalho em 9 de agosto de 1999, foi informada por seu gerente de que não poderia trabalhar mais um turno, a menos que tivesse assinado o contrato. Ela assinou o acordo durante tal turno.

Em junho de 2002, Garrett informou a seu supervisor que estava grávida e foi demitida alguns dias depois. A reclamante moveu uma ação contra Hooters alegando ter sido dispensada indevidamente ao revelar a gravidez a seu gerente. A outra parte solicitou a suspensão do processo contencioso e a instauração da arbitragem. A autora argumentou que o acordo eraleonino e, portanto, revogável.

Muitos motivos foram utilizados para embasar a decisão de considerar o contrato injusto e injustificadamente favorável a Hooters. O juízo decidiu que o contrato era irregular na sua formação e injusto quanto a seu conteúdo, não sendo, assim, exequível⁵¹⁴. “*Judge Carr found that the plaintiff’s acceptance was not freely given, in light of (1) the fact that she had to sign the agreement to be eligible for any change in job status, and (2) her inability to negotiate the terms of the agreement*”⁵¹⁵.

Essa decisão levanta a preocupação com o desequilíbrio das partes ainda que o resultado [da mediação] não seja vinculante, tendo em vista o risco de a mediação compulsória impedir os autores de efetivamente reivindicarem seus direitos⁵¹⁶.

Ainda relativamente à regularidade da declaração negocial, há de se avaliar o fim (resultado) da declaração. A finalidade a ser atingida com um negócio jurídico deve ser lícita. Nessa análise podem ser incluídas a fraude contra credores⁵¹⁷ e a simulação⁵¹⁸. A partir desse exame, a cláusula de mediação quanto a sua finalidade não estará desalinhada das exigências de uma declaração negocial regular. Entretanto, se a cláusula que determina que eventuais

⁵¹⁴ RALPH, Jennifer M. Unconscionable mediation clause: Garret vs. Hooter-Toledo. In: **Harvard Negotiation Law Review** v.10. Spring 2005, pp. 383-400. Disponível em: https://www.hnlr.org/wp-content/uploads/sites/22/2012/04/unconscionable_mediation_clauses_garrett_v_hooters-toledo.doc. Acesso em: 8 jul. 2019, p. 384.

⁵¹⁵ O Juiz Carr concluiu que a aceitação da reclamante não foi dada livremente, à luz de (1) o fato de que ela foi obrigada a assinar o acordo para ser elegível para qualquer mudança no status do trabalho, e (2) sua incapacidade de negociar os termos do acordo [tradução nossa]. RALPH, Jennifer M. Unconscionable mediation clause: Garret vs. Hooter-Toledo. In: **Harvard Negotiation Law Review** v.10. Spring 2005, pp. 383-400. Disponível em: https://www.hnlr.org/wp-content/uploads/sites/22/2012/04/unconscionable_mediation_clauses_garrett_v_hooters-toledo.doc. Acesso em: 8 jul. 2019, p. 386.

⁵¹⁶ No original: “*Garrett suggests that there may be a concern with an inherent imbalance of power between the parties even if the results are not binding, given the risk that forced mediation might impede plaintiffs from effectively vindicating their rights*”. RALPH, Jennifer M. Unconscionable mediation clause: Garret v. Hooter-Toledo. In: **Harvard Negotiation Law Review** v.10. Spring 2005, pp. 383-400. Disponível em: https://www.hnlr.org/wp-content/uploads/sites/22/2012/04/unconscionable_mediation_clauses_garrett_v_hooters-toledo.doc. Acesso em: 8 jul. 2019, p. 386.

⁵¹⁷ Como visto, a fraude contra credores caracteriza-se por ser um ato que ocasiona a diminuição patrimonial do devedor de forma a reduzir sua capacidade de saldar regularmente suas dívidas.

⁵¹⁸ A simulação busca, por sua vez, iludir alguém através de uma falsa aparência que encobre a verdadeira fisionomia do negócio jurídico.

controvérsias oriundas de uma relação contratual serão submetidas à mediação tiver sido celebrada com a finalidade de se obter fim ilícito, então essa cláusula será inválida.

6.1.1 Requisitos de validade dos elementos gerais intrínsecos

O negócio jurídico, como visto, é a declaração negocial, ou seja, a manifestação de vontade qualificada por um modelo cultural que determina que ela seja socialmente reconhecida como vinculante juridicamente⁵¹⁹.

Analisaremos inicialmente os requisitos de validade dos elementos gerais intrínsecos (objeto, forma e circunstâncias negociais). O objeto deve ser lícito, possível e determinado ou determinável⁵²⁰. A forma será livre (quando não se exige qualquer requisito) ou conforme prescrição legal⁵²¹. Em relação às circunstâncias negociais, não há requisitos exclusivos, elas são o elemento caracterizador do negócio; o que foi definido como padrão social para transformar a manifestação da vontade em declaração⁵²² (ou seja, reconhecível como apta a estabelecer um negócio jurídico).

O declarante, em regra geral, escolhe o modelo cultural e molda o conteúdo do negócio. O objeto do negócio jurídico é o seu conteúdo, isto é, os interesses que, segundo o ordenamento, podem ser regulados diretamente pelas partes, em suas relações recíprocas⁵²³. A possibilidade de fixar esse conteúdo (cláusulas negociais) é o que dá a essência do negócio jurídico⁵²⁴.

Há, entretanto, exceções a essa regra geral, pois existem situações em que o agente não pode fixar o conteúdo do negócio. Podem ser citados como exemplo os contratos de adesão em que uma das partes nada forma de conteúdo⁵²⁵; contratos em que a autoridade pública determina as principais condições (tabelamento de preços de certos produtos ou serviços)⁵²⁶.

⁵¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 134.

⁵²⁰ Art. 104, Código Civil. A validade do negócio jurídico requer: [...] II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável.

⁵²¹ Art. 104, Código Civil. A validade do negócio jurídico requer: [...] III – forma prescrita ou não defesa em lei.

⁵²² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

⁵²³ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v. 1. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 159.

⁵²⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 135.

⁵²⁵ Art. 54, Código de Defesa do Consumidor. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

⁵²⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 135.

Nessas situações não há uma discussão de cláusulas entre as partes; uma das partes simplesmente adere ao contrato formulado pela outra. Inexiste a livre estipulação de cláusulas contratuais.

Essa limitação de fixação de conteúdo pode ser verificada também em outras situações. Quando a fonte dessa limitação não for a lei ou a autoridade com fundamento na lei, é questão da análise da liberdade da expressão da vontade real no plano da validade⁵²⁷.

O objeto, nos termos do art. 104 do Código Civil⁵²⁸, possui como requisitos ser lícito, possível, determinado ou determinável.

O objeto deve ser lícito, isto é, estar em conformidade com a lei, não sendo contrário aos bons costumes, à ordem pública e à moral⁵²⁹. A ilicitude compreende, assim, contrariedade ao direito, incluindo lei, moral, bons costumes e ordem pública. A ilicitude que afeta a validade do negócio jurídico deve ocorrer quando da conclusão do negócio jurídico (ilicitude originária)⁵³⁰.

Assim, as partes não devem fazer estipulações contrárias à moral, ordem pública e aos bons costumes⁵³¹. Não existem critérios rígidos para definir essas expressões. Segundo a doutrina predominante, ordem pública refere-se a regras tidas como “basilares da estrutura social, política e econômica da Nação”⁵³², são escolhas políticas do legislador.

Já quanto ao conceito de bons costumes, é mais difícil se obter consenso. São regras não escritas de comportamento social que refletem ética e valores de uma determinada sociedade⁵³³. Segundo Caio Mario da Silva Pereira, refere-se a “condições de moralidade social, matéria sujeita a variações de época a época, de país a país e até dentro de um mesmo país e mesma época”. São os atos que “ofendem a opinião corrente no que se refere à moral sexual, ao respeito à pessoa humana, à liberdade de culto, à liberdade de contrair matrimônio”⁵³⁴.

O conceito de objeto de negócio jurídico inclui o objeto da prestação. No plano da validade, “tanto a ilicitude da atribuição jurídica (resultado) que se pretende com o negócio

⁵²⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 135.

⁵²⁸ Art. 104, Código Civil. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.

⁵²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 503; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.183.

⁵³⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 155.

⁵³¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 183.

⁵³² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 24.

⁵³³ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípios contratuais**. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais**: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

⁵³⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 24.

jurídico (objeto do negócio jurídico em senso próprio) como a do objeto da prestação (= coisa ou ato humano com que se adimple a obrigação) acarretam sua invalidade”⁵³⁵.

O negócio jurídico reprimido é aquele que infringe a lei cogente, ou seja, “faz o que ela proíbe ou não faz aquilo que ela impõe”⁵³⁶. A infração à norma jurídica pode ser ⁵³⁷: a) direta, quando, sem artifícios, infringe-se norma jurídica cogente proibitiva ou impositiva, fazendo ou obtendo resultado que a norma jurídica proíbe, ou não fazendo ou evitando fim que ela impõe⁵³⁸; b) indireta, quando por meio que aparenta compatibilidade com a norma jurídica, obtém-se resultado por ela proibido ou se impede que o fim por ela proposto se realize⁵³⁹.

O objeto deve ser também física ou juridicamente possível⁵⁴⁰. A impossibilidade física é aquela que resulta da natureza do próprio objeto ou ato da prestação. Já a impossibilidade jurídica decorre de a) determinação legal ou b) de disposição negocial⁵⁴¹.

O objeto do negócio jurídico tem ainda como requisito ser determinado ou determinável. “A determinação dá-se pelo gênero, pela espécie, pela quantidade, pelas características individuais”⁵⁴² da coisa. Se o objeto for determinado, as partes deverão promover sua descrição, se for determinável bastará a indicação de gênero e quantidade⁵⁴³.

O objeto da cláusula de mediação deve ser lícito, possível, determinado, ou ao menos, determinável, conforme estabelecem os arts. 104, II e 166, II, ambos do Código Civil brasileiro^{544 545}.

O requisito da licitude refere-se à não ser contrário à lei, moral ou bons costumes. Já a possibilidade está relacionada à probabilidade absoluta ou relativa, jurídica e física da sua execução. Por fim, o objeto deve ser determinado ou determinável, ou seja, possível de ser identificado, no momento da celebração do contrato ou de sua execução.

Considerada em abstrato, a cláusula de mediação preenche os requisitos de licitude, tendo em vista que é prevista em lei⁵⁴⁶. No caso concreto, a cláusula de mediação deve atender a fins lícitos e não ofender a ordem pública, a moral e os bons costumes.

⁵³⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 134.

⁵³⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 134.

⁵³⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135.

⁵³⁸ Art. 166, Código Civil. É nulo o negócio jurídico quando: [...] VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

⁵³⁹ Art. 166, Código Civil. É nulo o negócio jurídico quando: [...] VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

⁵⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 503; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 183.

⁵⁴¹ Podem ser citados como exemplos cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidades nas situações autorizadas e condições exigidas por lei.

⁵⁴² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 30.

⁵⁴³ Art. 243, Código Civil. A coisa incerta será indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade;

⁵⁴⁴ Art. 104, Código Civil. A validade do negócio jurídico requer: II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

⁵⁴⁵ Art. 166, Código Civil. É nulo o negócio jurídico quando: II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

Uma das inovações trazidas pela Lei de Mediação foi a positivação daquilo que pode ser objeto da mediação⁵⁴⁷. “Todo direito que possa ser negociado, acordado, transacionado pode ser objeto de mediação”⁵⁴⁸. Com isso, a cláusula de mediação deve prever que as controvérsias que serão levadas à mediação serão aquelas relativas a direitos disponíveis ou direitos indisponíveis transacionáveis. Em relação à disponibilidade do direito esclarece Francisco José Cahali:

“A disponibilidade do direito se refere à possibilidade de seu titular ceder, de forma gratuita ou onerosa, estes direitos sem qualquer restrição. Logo, necessário terem as partes o poder de autorregulamentação dos interesses submetidos à arbitragem, podendo dispor sobre eles pelas mais diversas formas dos negócios jurídicos; são, pois, interesses individuais, passíveis de negociação, ou seja, podem ser livremente exercidos pelas partes”⁵⁴⁹.

Indisponibilidade significa insuscetível de disposição⁵⁵⁰. Nesse rol estão os direitos considerados não patrimoniais, por estarem fora do comércio, tais como:

“os direitos da personalidade (direito à vida, à honra, à imagem, ao nome), o estado da pessoa (modificação da capacidade, como interdição, dissolução do casamento, reconhecimento ou desconstituição da filiação, atributos do poder familiar, como guarda e regulamentação de visitas)”⁵⁵¹.

Esses direitos, entretanto, podem ser considerados econômicos, por integrarem o patrimônio da pessoa⁵⁵², tornando a disponibilidade dos direitos da personalidade relativa⁵⁵³. Maria Helena Diniz cita alguns exemplos em que direitos da personalidade podem ser objeto

⁵⁴⁶ Alguns artigos da Lei de Mediação mencionam os requisitos e os efeitos da cláusula de mediação: Art. 2º, § 1º. Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação. Art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo: [...] Art. 22, § 2º. Não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação: Art. 22 § 3º. Nos litígios decorrentes de contratos comerciais ou societários que não contenham cláusula de mediação, o mediador extrajudicial somente cobrará por seus serviços caso as partes decidam assinar o termo inicial de mediação e permanecer, voluntariamente, no procedimento de mediação. Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.

⁵⁴⁷ Art. 3º, Lei de Mediação. Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

⁵⁴⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A abrangência objetiva e subjetiva da mediação. **Revista de Processo**. v. 287, pp. 531-552, jan. 2019. DTR/2018\22824 [versão eletrônica]. São Paulo: RT, 2019, p. 6.

⁵⁴⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação**. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 135.

⁵⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 132.

⁵⁵¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação**. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 134.

⁵⁵² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 129; DIREITO PATRIMONIAL. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 92.

⁵⁵³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 133.

de contrato, como concessão ou licença para uso de imagem e edição para divulgação de uma obra⁵⁵⁴.

A Lei de Mediação delinea somente limites objetivos, podendo ser incluídos na mediação, assim, incapazes ou vulneráveis. Isso permite que a mediação possa tratar de direitos de titularidade de menores ou incapazes⁵⁵⁵.

A transação, por sua vez, “é o contrato pelo qual, mediante concessões mútuas, os interessados previnem ou terminam um litígio, eliminando a incerteza de uma relação jurídica”⁵⁵⁶. O objeto da transação são os direitos patrimoniais de caráter privado⁵⁵⁷.

A transação representa um contrato de concessões mútuas; é uma relação de duas vias, de equivalência, um sinalagma, indicativo de um título oneroso entre as partes e com uma álea acerca das obrigações estabelecidas. A transação permite, portanto, a migração de uma situação insegura para uma segura⁵⁵⁸. Representa uma forma de composição das partes que “concilia os interesses concorrentes, acomodando-os de acordo com as conveniências recíprocas”⁵⁵⁹.

Muitos autores concordam que apesar de não ser possível transacionar sobre certos direitos indisponíveis, é lícito transigir quanto aos efeitos patrimoniais desses direitos⁵⁶⁰. Assim, podem ser objeto da mediação situações jurídicas envolvendo direitos indisponíveis, que possuam caráter patrimonial, isto é, seu titular pode dele dispor e transacionar.

Com isso, em relação ao objeto, uma cláusula de mediação inserida em um contrato de licença para o uso da imagem será válida. Pois, surgindo uma controvérsia oriunda de um direito indisponível (direito de imagem) e este tendo a característica de ser transigível, poderá a controvérsia ser abarcada pela mediação.

Em relação à possibilidade do objeto, a cláusula deve ter como objeto uma situação física e juridicamente possível. Sendo a cláusula de mediação um negócio jurídico pelo qual as partes antecipadamente acordam que eventual litígio decorrente de sua relação

⁵⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 133.

⁵⁵⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Artigo 3º. *In*: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.). **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 21.

⁵⁵⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 440.

⁵⁵⁷ Art. 841, Código Civil. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

⁵⁵⁸ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 53.

⁵⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 31.

⁵⁶⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação**. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, pp. 437- 438; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.133.

contratual será submetido à mediação para sua solução, é necessário surgir um conflito para a produção dos efeitos pretendidos pela cláusula.

Portanto, a possibilidade do objeto da cláusula de mediação relaciona-se com a probabilidade de surgimento de um litígio que pode ser levado à mediação. Com isso, não poderá ser considerada válida, por impossibilidade do objeto, cláusula que determine que demandas envolvendo valores superiores a determinada quantia (um bilhão de reais, por exemplo) serão levadas à mediação, quando o contrato estabelece apenas operação econômica de valor estimado em cem mil reais⁵⁶¹.

Note-se que a invalidade não está no escopo financeiro para a qualificação da controvérsia. Diferente do exposto, é a situação em que as partes determinam que somente controvérsias acima de determinado valor serão levadas à mediação em casos de contratos complexos⁵⁶². Nessa hipótese, as partes acordam que valores pequenos devem ser solucionados por outras formas. Essa estipulação pode considerar, por exemplo, que os custos de uma instituição ou de um mediador não compensam em face do valor da controvérsia.

Cabe lembrar que quanto aos litígios decorrentes da relação entre as partes, o objeto da cláusula de mediação engloba ordinariamente as controvérsias decorrentes do contrato no qual ela está inserida. Não é precisa uma cláusula que menciona os litígios resultantes de diversas relações comerciais das partes considerando existentes e futuras.

Há casos em que há a possibilidade da extensão dos efeitos da cláusula de mediação inserida em um contrato a terceiros não signatários em decorrência da natureza da controvérsia. Essa é a hipótese de contratos que se encadeiam uns nos outros dando origem à coligação contratual.

Esse instituto não se encontra regulado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo caracterizado apenas pela doutrina e pela jurisprudência⁵⁶³. Orlando Gomes⁵⁶⁴ afirma que a coligação de negócios se dá pela existência de dois ou mais negócios unidos para obtenção de um mesmo resultado econômico-social.

⁵⁶¹ AZEVEDO, Ciro Rangel. **Vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória**: o caso dos grupos societários à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20700/2/Ciro%20Rangel%20Azevedo.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2019, pp. 34-35.

⁵⁶² Como exemplo, citamos a seguinte cláusula “*In the event the total amount in dispute is higher than USD 50,000, the parties agree to submit the Dispute to settlement proceedings under the [insert from approved institutions] mediation rules*” [Caso o valor total em disputa seja superior a US \$ 50.000, as partes concordam em submeter a disputa a um processo de solução de acordo com as regras de mediação [tradução nossa]. SALEHIJAN, Maryam. Mediation clause decoded: a systematic content analysis. **McGill Journal of Dispute Resolution** v. 5 (2018-2019), n. 6, pp. 119-167. Disponível em: <https://biblio.ugent.be/publication/8620742/file/8620743>. Acesso em: 12 set. 2019, p. 138.

⁵⁶³ SOUZA, Ananda Portes. Extensão de cláusula arbitral em contratos coligados celebrados entre as mesmas partes. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 52, jan.-mar. 2017, pp. 171-194, DTR/2017/509, 2017 [versão eletrônica], p. 3.

⁵⁶⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016 [Minha Biblioteca], pp. 324-326.

Segundo Giovanni Ettore Nanni, “a coligação contratual é constatada mediante o cotejo entre as causas concretas de contratos que tenham acentuado grau de proximidade entre si, em que denota alguma sorte de conexão entre elas, formando uma unidade funcional econômica”⁵⁶⁵.

Contratos coligados são contratos celebrados pelas mesmas partes ou partes diversas com uma causa comum⁵⁶⁶, isto é, a mesma função econômico-social, configurando, assim, uma única operação econômica.

Para a configuração da coligação contratual são necessários dois requisitos: (a) existência de pluralidade de contratos, não necessariamente celebrados entre as mesmas partes; (b) vínculo de dependência entre tais contratos, podendo ser unilateral ou recíproca, caso um ou todos os contratos sofram os efeitos da coligação⁵⁶⁷.

Configurada a coligação ou conexão contratual, o inadimplemento de uma obrigação prevista em um dos contratos pode repercutir na esfera de outro contrato conexo ao primeiro.

Tendo em vista o nexo da função econômico-social dos contratos, a controvérsia extrapola um único contrato e passa a ser da unidade negocial. Com isso, surge a justificativa da extensão dos efeitos da cláusula de mediação a outros contratos desta relação contratual. Neste caso, o objeto da cláusula de mediação é a controvérsia oriunda de uma única operação econômica, ainda que descrita em contratos diversos.

Para negócios jurídicos complexos e coligados, o mais recomendado é a inserção de uma cláusula completa e cuidadosamente redigida em um contrato principal que permita a concentração de todos os conflitos de uma única operação econômica no mesmo processo de mediação, preferencialmente sob as regras de uma instituição. Os outros contratos fariam referência à cláusula de mediação do contrato principal, indicando-a como a forma eleita para solucionar as controvérsias também das demais relações contratuais⁵⁶⁸.

Portanto, o objeto da cláusula de mediação será considerado determinável à medida que a controvérsia a ser submetida à mediação seja oriunda da finalidade econômico-social (causa) do negócio jurídico⁵⁶⁹ celebrado entre as partes, ainda que representado por

⁵⁶⁵ NANNI, Giovanni Ettore. Contratos coligados. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.); LOTUFO, Renan. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas 2011, p. 256.

⁵⁶⁶ A causa do negócio jurídico será analisada posteriormente neste trabalho.

⁵⁶⁷ MARINO, Francisco Paulo Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99 *apud* SOUZA, Ananda Portes. Extensão de cláusula arbitral em contratos coligados celebrados entre as mesmas partes. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 52, jan.-mar. 2017, DTR\2017\509, 2017 [versão eletrônica], p. 4.

⁵⁶⁸ FONSECA, Rodrigo Garcia da. Os contratos conexos, as garantias e a arbitragem na indústria do petróleo e do gás natural. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 29, pp. 165-180, abr.-jun. 2011, DTR\2011\1777, 2011. [versão eletrônica], p. 4.

⁵⁶⁹ A causa do negócio jurídico será analisada posteriormente neste trabalho.

mais de um contrato. A utilização da mediação para a solução desse tipo de conflito justifica-se também para promover maior eficiência à solução da disputa, evitando o risco de soluções contraditórias⁵⁷⁰.

Como mencionado, a cláusula de mediação é um negócio jurídico complexo que estabelecerá as regras para a solução de conflitos entre as partes de determinado contrato. O objeto da cláusula de mediação não se resume à renúncia da jurisdição, mas inclui também regras procedimentais da mediação, forma de indicação do mediador, possibilidade de comediação, entre outros itens específicos de cada negociação.

A Lei de Mediação estabeleceu alguns itens⁵⁷¹ que devem ser regradados contratualmente, como o prazo para a realização da primeira reunião após o recebimento do convite; o critério de escolha do(s) mediador(es) e a penalidade em caso de falta de qualquer das partes à primeira reunião. As partes poderão também optar, nos termos do § 1º do art. 22⁵⁷² da Lei de Mediação, por utilizar regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação.

Sobre a completude da cláusula e as matérias que precisam constar das cláusulas, Luis Fernando Guerreiro esclarece:

“É bom destacar que tais regras não precisam estar explicitadas na cláusula, mas podem ser indicadas por referência, mediante menção ao regramento de uma determinada instituição de conflitos. A manifestação de vontade com a aceitação de um determinado regulamento, de modo genérico, é suficiente para que se entenda qual era a intenção das partes e que se permita a completude de sua utilização”⁵⁷³.

Algumas câmaras de mediação (e arbitragem)⁵⁷⁴ sugerem a redação da cláusula de mediação, como faz a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP:

⁵⁷⁰ SOUZA, Ananda Portes. Extensão de cláusula arbitral em contratos coligados celebrados entre as mesmas partes. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 52, jan.-mar. 2017, DTR\2017\509, 2017 [versão eletrônica], p. 12.

⁵⁷¹ Art. 22, Lei de Mediação. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo: 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.

⁵⁷² Art. 22 § 1º, Lei de Mediação. A previsão contratual pode substituir a especificação dos itens acima enumerados pela indicação de regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação.

⁵⁷³ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 79.

⁵⁷⁴ Câmaras internacionais também possuem modelos de cláusulas para facilitar a redação inequívoca, como a do Centro Internacional para Resolução de Disputas da Associação Americana de Arbitragem (The International Centre for Dispute Resolution – ICDR is the international division of the American Arbitration Association – AAA): “In the event of any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or a breach thereof, the parties hereto agree first to try and settle the dispute by mediation, administered by the International Centre for Dispute Resolution under its Mediation Rules, before resorting to arbitration, litigation or some other dispute resolution procedure.” Em caso de eventual controvérsia ou conflito decorrente ou relacionada a este contrato, ou uma violação do mesmo, as partes concordam em primeiro lugar em tentar resolver a disputa através de mediação, administrada pelo Centro Internacional para Resolução de Conflitos conforme seu Regulamento de Mediação, previamente à interposição de arbitragem, ação judicial ou algum outro procedimento de resolução de conflitos [tradução nossa]. INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION. Disponível em:

“Em caso de existência de qualquer conflito decorrente da interpretação ou execução deste Contrato, as Partes envidarão seus melhores esforços para solucionar o referido conflito amigavelmente.

Não sendo resolvida a controvérsia, as Partes convencionam em solucioná-la por mediação, de acordo com as disposições do Regulamento de Mediação da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP. A Câmara apresentará às Partes a lista de seus mediadores para que estas indiquem o mediador que as auxiliará.

O procedimento de mediação não poderá ultrapassar 30 (trinta) dias, a contar da assinatura do Termo de Mediação, sendo que a qualquer das partes é permitido interrompê-lo a qualquer momento”⁵⁷⁵.

O Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá também possui um modelo de cláusula para auxiliar as partes na redação:

“Qualquer controvérsia originária do presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será submetida obrigatoriamente à Mediação, administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”), de acordo com o seu Roteiro e Regimento de Mediação, a ser coordenada por Mediador participante da Lista de Mediadores do CAM-CCBC, indicado na forma das citadas normas”⁵⁷⁶.

Há ainda outras sugestões, como a da Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada (CAMES) que propõe o rateio das custas e a penalidade na própria cláusula:

“CLÁUSULA X Todos os litígios emergentes do presente contrato/estatuto/acordo de sócios ou com ele relacionados serão resolvidos amigavelmente por meio de procedimento de mediação administrado pela Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada – CAMES, que procederá em conformidade com seu Regulamento de Mediação.

§ 1º. As custas e honorários do procedimento de mediação serão rateados igualmente entre as partes.

§ 2º. O não comparecimento de uma das partes à primeira reunião de mediação acarretará a imposição de penalidade no percentual de 5% (cinco por cento) do valor da controvérsia em favor da parte que se fez presente”⁵⁷⁷.

Nas situações acima descritas, cláusula que prevê todos os requisitos do art. 22 ou com indicação de regulamento de instituição que administrará o procedimento, o objeto da cláusula de mediação é determinado, pois contém todos os requisitos necessários à instituição da mediação sem a necessidade de acionar o Poder Judiciário ou o juízo arbitral (no caso de cláusula escalonada).

<https://www.icdr.org/clauses>. Acesso em: 9 jul. 2019. A Câmara de Comércio Internacional (International Chamber of Commerce– ICC) também possui modelo de cláusula de mediação: “In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties agree in the first instance to discuss and consider referring the dispute to the ICC Mediation Rules.” Em caso de qualquer controvérsia decorrente ou relacionada ao presente contrato, as partes concordam, em, primeiramente, discutir e considerar submeter a disputa às Regras de Mediação da ICC [tradução nossa]. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **Mediation clauses**. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-clauses/>. Acesso em: 9 jul. 2019.

⁵⁷⁵ CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CIESP/FIESP. **Cláusula escalonada**. Disponível em: <http://www.camaradearbitragemsp.com.br>. Acesso em: 9 jul. 2019.

⁵⁷⁶ CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CIESP/FIESP. **Cláusula escalonada**. Disponível em: <http://www.camaradearbitragemsp.com.br>. Acesso em: 9 jul. 2019.

⁵⁷⁷ CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM ESPECIALIZADA – CAMES. **Cláusulas de mediação**. Disponível em: <https://www.camesbrasil.com.br>. Acesso em: 9 jul. 2019.

A falta de regramento dos itens acima não invalida a cláusula, pois a lei estabelece critérios⁵⁷⁸ para sua apuração e para a realização da primeira reunião de mediação, na qual as partes poderão estabelecer as regras através de um compromisso. Ainda que a cláusula seja incompleta, o objeto será determinável.

Diversamente ocorre na Inglaterra. Naquele país, uma cláusula de solução alternativa de controvérsias deve conter uma referência explícita a uma instituição de solução alternativa de controvérsias, ou conter uma previsão detalhada sobre a nomeação da parte neutra e o procedimento de ADR a ser usado. Consequentemente, as cláusulas que contêm apenas um acordo para se envolver em solução alternativa de controvérsias *ad hoc* não são suscetíveis de serem aplicadas⁵⁷⁹.

Devem ser também analisados os requisitos quanto à forma. Conforme visto acima, a forma é o meio de revelação da vontade⁵⁸⁰. O direito civil brasileiro adota o princípio da forma livre, isto é, a validade da declaração somente depende de determinada forma se a norma jurídica expressamente assim exigir⁵⁸¹.

Desse modo, nos negócios jurídicos, se a lei não prever forma especial, será admitido qualquer meio de exteriorização da vontade: palavra escrita ou falada, mímica, gestos, o silêncio e a declaração tácita⁵⁸².

Além da forma expressa, realizada por meio da linguagem falada ou escrita, sinais ou gestos; da forma tácita, em que a vontade do agente é inferida de seu comportamento; e do silêncio, a lei admite a forma presumida. Neste caso, a declaração não é expressa sendo que a lei deduz, do comportamento do agente, sua vontade.

A declaração tácita difere da presumida em decorrência da previsão legal: a declaração tácita é uma interpretação do comportamento do agente, já o comportamento decorrente da declaração presumida consta de previsão legal.

⁵⁷⁸ Art. 22. § 2º, Lei de Mediação. Não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação: I – prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite; II – local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais; III – lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados; a parte convidada poderá escolher, expressamente, qualquer um dos cinco mediadores e, caso a parte convidada não se manifeste, considerar-se-á aceito o primeiro nome da lista; IV – o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

⁵⁷⁹ SALEHIJAN, Maryam. **The enforceability of alternative dispute resolution agreements**: an analysis of selected european union member states. Disponível em: <https://biblio.ugent.be/publication/8525884/file/8620483>. Acesso em: 12 set. 2019, p.12.

⁵⁸⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 184.

⁵⁸¹ Art. 107, Código Civil. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

⁵⁸² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 562.

Em alguns casos, entretanto, a lei exige, como requisito de validade, forma especial (ou solene). Ela é caracterizada por um conjunto de solenidades que tem como escopo garantir a autenticidade dos negócios, assegurar a livre manifestação de vontade das partes, ressaltando, então, a atenção para a seriedade dos negócios e facilitar sua prova⁵⁸³.

A forma do negócio jurídico e o instrumento não se confundem. O instrumento pode ser parte integrante da forma, entretanto, a forma não se limita ao instrumento. Além disso, o negócio não se confunde com o instrumento de sua formalização.

Destarte, não se pode confundir a invalidade do negócio jurídico com a invalidade do instrumento, pois a invalidade de um não necessariamente afeta a validade do outro. Um negócio jurídico nulo pode ter sido formalizado em instrumento válido, como um negócio jurídico válido pode estar contido em instrumento nulo⁵⁸⁴.

Essa distinção de invalidade de um negócio por defeito de forma e de invalidade do instrumento tem importância em relação aos efeitos e à forma de desconstituição: a) a nulidade do instrumento nem sempre afeta a validade do negócio jurídico; e b) a nulidade do instrumento pode exigir ação específica regida por normas de direito público diferentes das normas aplicáveis à nulidade do negócio⁵⁸⁵.

Diversamente da cláusula compromissória da arbitragem, que é solene⁵⁸⁶, a lei não exige forma especial para a cláusula de mediação. Ela pode ser celebrada, portanto, de forma expressa (linguagem falada ou escrita, sinais ou gestos) ou de forma tácita, inferida do comportamento dos interessados.

Importante ressaltar que, como será analisado abaixo, a cláusula de mediação configura uma renúncia à jurisdição estatal ou arbitral. A renúncia pressupõe a existência de uma declaração negocial. Giovanni Ettore Nanni esclarece que isso não é incompatível com a declaração tácita. A renúncia não se presume, mas pode decorrer de manifestações tácitas de vontade que se apresentem unívocas⁵⁸⁷.

Na Inglaterra, a renúncia à jurisdição estatal deve ser expressa. Há um precedente⁵⁸⁸ referente à cláusula compromissória estabelecendo que a cláusula deve prever expressamente a proibição de qualquer das partes em instituir um processo judicial para efetivamente caracterizar essa renúncia. Esse precedente é também bastante citado na

⁵⁸³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 563.

⁵⁸⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 170.

⁵⁸⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 170.

⁵⁸⁶ Art. 4º § 1º, Lei de Arbitragem. A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

⁵⁸⁷ NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *In: Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 50.

⁵⁸⁸ Scott vs. Avery [1856] 10 E.R. 1121.

Austrália⁵⁸⁹ para caracterizar uma cláusula de mediação vinculante e obrigatória, com o efetivo afastamento da jurisdição estatal.

Além disso, pode a cláusula de mediação ser firmada juntamente com o contrato ao qual se refere ou ainda de forma apartada. Assim, pode ser admitida, por exemplo, a troca de correspondência eletrônica.

Outros ordenamentos jurídicos como o da Áustria⁵⁹⁰ ou da Inglaterra⁵⁹¹ também não definiram formalidades para celebração da cláusula de mediação. Na Austrália⁵⁹² não há uma forma prescrita; devem ser obedecidas as regras para contratos em geral no sistema da *common law*, isto é, serão somente vinculantes e executáveis se houver *consideration*⁵⁹³ ou for firmado por documento escrito.

Na Austrália foi admitida a forma epistolar da cláusula de mediação. No caso *Hooper Bailie Associate Ltd vs. Natcom Group*⁵⁹⁴, as partes tinham uma cláusula arbitral no contrato principal, mas o ponto de partida do contrato de mediação foi a troca de correspondência pelas partes determinando as controvérsias que seriam resolvidas por tal método, os parâmetros e a finalidade da própria conciliação⁵⁹⁵.

Por fim, trazemos as circunstâncias negociais. Elas representam o modelo cultural que faz com que determinados atos sejam considerados jurídicos. Assim, aquele que deseja realizar um negócio jurídico em seu meio social dificilmente ignorará as ações a serem tomadas⁵⁹⁶.

⁵⁸⁹ MAGNUS, Ulrich. Mediation in Australia: development and problems. In: HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (edits). **Mediation: principles and regulation in comparative perspective**. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle], p. 882.

⁵⁹⁰ SALEHIJAN, Maryam. **The enforceability of alternative dispute resolution agreements: an analysis of selected european union member states**. Disponível em: <https://biblio.ugent.be/publication/8525884/file/8620483>. Acesso em: 12 set. 2019, p. 7; ROTH, Markus; GHERDANE, David. Mediation in Austria: The European Pioneer in Mediation Law and Practice. In: HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (edits) **Mediation: principles and regulation in comparative perspective**. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle], p. 283.

⁵⁹¹ SALEHIJAN, Maryam. **The enforceability of alternative dispute resolution agreements: an analysis of selected european union member states**. Disponível em: <https://biblio.ugent.be/publication/8525884/file/8620483>. Acesso em: 12 set. 2019, p. 9.

⁵⁹² MAGNUS, Ulrich. Mediation in Australia: development and problems. In: HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (edits). **Mediation: principles and regulation in comparative perspective**. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle], p. 882.

⁵⁹³ Segundo o dicionário Brack's Law, *consideration* significa: 1. *Something of value (such as an act, a forbearance, or a return promise) received by a promisor from a promisee*. Algo de valor (como um ato, uma tolerância ou um compromisso) recebido pelo promitente do destinatário da promessa [tradução nossa]. CONSIDERATION. GARNER, Bryan A. *et al* (edit) **Black's law dictionary**. 7. ed. St. Paul (MN): West Group, 1999. *Consideration* é, portanto, uma contraprestação.

⁵⁹⁴ *Hooper Bailie Associated Ltd vs. Natcon Group Pty Ltd* (1992) 28 NSWLR 194.

⁵⁹⁵ ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation: legal perspectives**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 181.

⁵⁹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 122.

As declarações e comportamentos são, portanto, as entidades reconhecíveis em um ambiente social, podendo ser objeto de interpretação e de valoração social⁵⁹⁷. Um determinado comportamento pode adquirir, no respectivo meio social, valor de declaração, na medida que se torna reconhecível uma tomada de posição relativamente a alguns interesses, conforme a experiência comum daquela sociedade⁵⁹⁸.

As circunstâncias negociais são, assim, o elemento caracterizador da essência do negócio jurídico, ou seja, o núcleo que transforma a simples manifestação em declaração. Por isso, elas não apresentam requisitos exclusivamente seus⁵⁹⁹.

Em relação à cláusula de mediação, a ação socialmente voltada à sua finalidade característica visa, através da manifestação de vontade qualificada, escolher a mediação como meio de resolução de controvérsias oriundas de um determinado contrato.

Encerrada a análise dos requisitos de validade dos elementos gerais intrínsecos (objeto, forma e circunstâncias negociais), passamos à análise dos requisitos de validade dos elementos gerais extrínsecos (agente, tempo e lugar).

Relativamente aos elementos gerais extrínsecos, tem-se que⁶⁰⁰ a) o agente deve ser capaz e legitimado para a realização do negócio⁶⁰¹; b) tempo deve ser o tempo útil e o c) lugar deve ser o lugar apropriado.

O agente é denominado sujeito ou parte de um negócio. É aquele a quem se refere o conteúdo do negócio, ou seja, a pessoa em favor de quem deve se constituir ou se desenvolver a relação jurídica⁶⁰².

É preciso que se possa imputar a esse agente todo o conteúdo do ato, ou seja, o significado que ele tem como autorregramento dos interesses privados⁶⁰³. Nesse sentido, a lei determina que o agente deve ser capaz⁶⁰⁴.

A personalidade, como já analisado no plano da existência, é a “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”⁶⁰⁵. A capacidade, por sua vez, é a “medida jurídica da personalidade”⁶⁰⁶.

⁵⁹⁷ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v.1. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 109.

⁵⁹⁸ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v.1. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 268.

⁵⁹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 34.

⁶⁰⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

⁶⁰¹ Art. 104, Código Civil. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz;

⁶⁰² BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v.1. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 158.

⁶⁰³ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v.1. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 158.

⁶⁰⁴ Art. 104, Código Civil. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; [...]

A locução “capacidade jurídica” é genérica, distinguindo a doutrina relativamente a capacidades específicas para praticar determinados atos⁶⁰⁷. Aqui, no plano da validade, será tratada a capacidade de agir (também chamada pela doutrina de capacidade de exercício, capacidade de obrar, capacidade de fato), que é aquela para praticar, pessoalmente e sem interferência de terceiros os negócios jurídicos⁶⁰⁸. A capacidade de agir é estado pessoal do agente. Ser capaz é uma qualificação atribuída pelo direito às pessoas para prática de seus atos.

A capacidade de agir é a “aptidão de exercer por si os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial”⁶⁰⁹. A capacidade é a regra e a incapacidade a exceção⁶¹⁰.

O instituto da incapacidade encontra fundamento na proteção ao incapaz, “justamente por não estar ele em pé de igualdade com as pessoas perante as quais declara sua vontade”⁶¹¹.

Há graus de incapacidade considerando-se a maior ou menor inaptidão que, a lei presume, as pessoas têm para gerir seus interesses e realizar negócios jurídicos. No direito pátrio há a) incapacidade absoluta, que nega, totalmente, à pessoa a possibilidade de praticar qualquer dos atos da vida civil⁶¹²; e, b) incapacidade relativa, referindo-se a certos atos ou ao modo de praticá-los⁶¹³.

Portanto, na incapacidade absoluta, é proibido o exercício do direito pelo incapaz; já na incapacidade relativa, o incapaz pode exercê-lo, mas não direta ou pessoalmente; é necessária representação.

⁶⁰⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 143; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.128.

⁶⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 129.

⁶⁰⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 63, NR 41.

⁶⁰⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 63.

⁶⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 163.

⁶¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.169; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 63-64.

⁶¹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 149.

⁶¹² Art. 3º, Código Civil. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

⁶¹³ Art. 4º, Código Civil. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV – os pródigos. Parágrafo único. Capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

O direito estrangeiro trata a questão da incapacidade por idade de maneira diferente. No direito alemão, a incapacidade absoluta termina aos sete anos⁶¹⁴; dos sete aos dezoito há incapacidade relativa⁶¹⁵. No direito francês não há menção específica à incapacidade relativa, cessando a incapacidade aos dezoito anos⁶¹⁶ pela emancipação ou pelo casamento⁶¹⁷.

Há de se observar também que a senilidade não gera por si a incapacidade⁶¹⁸, pois não pode ser considerada um estado psicopático⁶¹⁹.

Os atos praticados por incapazes são inválidos. A sanção para os atos praticados pelos absolutamente incapazes é a nulidade⁶²⁰ e para os praticados pelos relativamente incapazes é a anulabilidade⁶²¹.

A legitimação difere da capacidade jurídica. Esta depende de condições da pessoa, considerada em si mesma (condições físicas ou psíquicas) ou considerada em um grupo social (*status*)⁶²². A legitimação⁶²³ depende de relações jurídicas, portanto, decorre de uma posição especial em que uma pessoa está face a certos bens, pessoas e interesses. Consiste em saber se uma pessoa, relativamente à determinada relação jurídica, pode ou não estabelecê-la, em um ou outro sentido.

⁶¹⁴ BGB § 104 *Geschäftsunfähigkeit - Geschäftsunfähig ist: 1. wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat*. Código Civil Alemão § Incapacidade: incapaz é aquele que não completou o sétimo ano de vida [Tradução Google Tradutor: <https://translate.google.com.br/?hl=pt-BR>]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. Acesso em: 07 nov. 2019.

⁶¹⁵ BGB Código Civil Alemão § 106 *Beschränkte Geschäftsfähigkeit Minderjähriger - Ein Minderjähriger, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist nach Maßgabe der §§ 107 bis 113 in der Geschäftsfähigkeit beschränkt*. § 106 Capacidade limitada de menores. Um menor de idade que completou seu sétimo ano de vida está limitado em sua capacidade de acordo com os §§ 107 a 113 [Tradução Google Tradutor. Disponível em: <https://translate.google.com.br/?hl=pt-BR>]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. Acesso em: 07 nov. 2019.

⁶¹⁶ Code Civil Article 388 *Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis*. Art. 388. O menor é o indivíduo de ambos os sexos que ainda não tem dezoito anos [Tradução Google Tradutor: <https://translate.google.com.br/?hl=pt-BR>]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em: 07 nov. 2019.

⁶¹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 151; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, pp. 172-173; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 66, NR 49.

⁶¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil – parte geral**. v.1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 63.

⁶¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 178.

⁶²⁰ Art. 166, Código Civil. É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

⁶²¹ Art. 171, Código Civil. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I – por incapacidade relativa do agente;

⁶²² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 58.

⁶²³ Antônio Junqueira de Azevedo faz a distinção entre ilegitimidade e falta de legitimação. O autor esclarece que a ilegitimidade poderia ser tomada como uma qualidade do agente, como a capacidade. Assim, a ilegitimidade acarreta a irregularidade da declaração, pois seria um negócio com objeto ilícito, ou seja, cujo conteúdo é proibido por lei. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 158.

A legitimação analisada no plano da validade consiste na aptidão do agente obtida por consentimento de outrem para realizar validamente um negócio jurídico⁶²⁴.

A legitimação geralmente está relacionada à disposição de um bem e nesse sentido é o poder de dispor de um determinado bem⁶²⁵. Ela está ligada ao titular de direito, que pode ter sido cedido a outrem. A legitimação pode sofrer limitações a) de ordem legal; ou b) decorrente da própria natureza da coisa ou do direito; c) negociais.

Os efeitos da incapacidade e da falta de legitimação são diferentes. A incapacidade leva à invalidade, já a legitimação pode acarretar a invalidade (como aqui analisado) ou a ineficácia do negócio jurídico em relação ao titular do bem ou direito (conforme será analisado no plano da eficácia).

À cláusula de mediação aplica-se a regra geral do art. 104, I do Código Civil⁶²⁶. Portanto, aqueles que possuem capacidade de agir (capacidade de fato) podem celebrar uma cláusula de mediação.

Entes despersonalizados, como massa falida, espólio e condomínios edilícios podem também firmar uma cláusula de mediação. Entretanto, como destaca Francisco José Cahali⁶²⁷, tais entes necessitam de permissão para dispor de direitos. Assim, faz-se necessária a verificação das autorizações judiciais ao inventariante do espólio e ao administrador da massa falida, bem como da permissão da assembleia geral ao síndico de condomínio.

A pessoa jurídica regularmente constituída pode também firmar cláusula de mediação, desde que representada na forma de seu contrato / estatuto social. Cabe ressaltar, entretanto, a necessidade de se averiguar os atos societários das partes contratantes para cumprimento de sua regular representação. Algumas sociedades possuem exigências particulares de representação, necessitando de aprovação de conselho de administração ou outro órgão deliberativo. Essa cautela evita a alegação de defeito da representação quando da celebração da cláusula de mediação⁶²⁸.

Passamos, então, à análise dos requisitos de validade dos outros elementos extrínsecos. O tempo e o lugar servem para identificar o negócio jurídico, o que é

⁶²⁴AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 58.

⁶²⁵AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n.], 1986, p. 155; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 73.

⁶²⁶ Art. 104, Código Civil. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; [...]

⁶²⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 134.

⁶²⁸ Giovanni Ettore Nanni relata que não raro há, quando da deflagração do conflito, o repúdio à cláusula compromissória sob argumento de vício de representação de pessoa jurídica. Somente no caso concreto é possível determinar se há ou não o defeito e se há má-fé na parte que o invoca. NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. In: **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 54.

demonstrado através do costume jurídico de se colocar o local e a data da elaboração em todos os documentos⁶²⁹.

O tempo deverá ser o tempo útil, se o ordenamento jurídico impuser que o negócio seja feito em um momento determinado. Essa determinação pode ser em termos absolutos ou relativos, isto é, em relação a outro ato ou fato⁶³⁰.

A cláusula de mediação é firmada antes da existência da controvérsia. A doutrina⁶³¹ faz a distinção temporal baseada no surgimento do conflito. A cláusula de mediação é a previsão feita no início da relação contratual para a solução de conflito que possa surgir no futuro; já o compromisso de mediação é celebrado nas hipóteses em que já existe um conflito, contratual ou não, entre as partes. Diante disso, conclui-se que há um requisito temporal na cláusula de mediação, qual seja, sua celebração antes da deflagração da controvérsia.

Já em relação ao lugar, o negócio jurídico poderá excepcionalmente demandar algum requisito; neste caso será o lugar apropriado. A cláusula de mediação não possui requisitos quanto ao lugar de celebração.

6.1.2 Requisitos de validade dos elementos categoriais

Os elementos categoriais derogáveis não possuem requisitos, tendo em vista que são determinados pela ordem jurídica, estando implícitos pelo próprio direito⁶³².

Os elementos categoriais inderrogáveis, por sua vez, equivalem à estrutura do negócio jurídico; formam a substância, sem a qual o negócio não existe⁶³³. As partes, ao escolherem um determinado tipo de negócio, deverão considerar que o negócio jurídico escolhido deverá obedecer determinado regime jurídico.

Portanto, as regras às quais o tipo de negócio está submetido determinam as qualidades (requisitos) para que seus elementos categoriais sejam considerados válidos como aquele tipo de negócio⁶³⁴.

⁶²⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 34.

⁶³⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

⁶³¹ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 51; LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 184.

⁶³² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

⁶³³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 182.

⁶³⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

O elemento categorial inderrogável da cláusula de mediação é a renúncia à jurisdição estatal ou arbitral com a submissão da solução da controvérsia à negociação pelas partes facilitada por um terceiro. Aplicam-se, portanto, as regras do ordenamento relativas à renúncia de direitos, quanto ao afastamento da jurisdição, inclusive em relação à forma, conforme já mencionado.

6.1.2.1 Causa, negócios causais e negócios abstratos

A causa é a atribuição jurídica do negócio. Está relacionada ao fim prático obtido como decorrência dele. Com esse sentido há a) *causa solvendi*, quando se tem como resultado o adimplemento da obrigação; b) *causa credendi* ou *constituendi*, quando do negócio resulta a constituição de um crédito, e uma dívida correspondente; e c) *causa donandi*, que não cria crédito a favor de alguém nem solve qualquer dívida, apenas insere um patrimônio ou um bem no patrimônio de outrem. A causa é, assim, a função do negócio jurídico⁶³⁵.

Todo negócio jurídico tem uma função econômico-social, função típica do negócio específico, entendido como fenômeno social⁶³⁶. A importância dessa classificação decorre do fato de que o direito tutela determinado negócio jurídico em decorrência de ser sua função econômico-social reconhecidamente útil, não merecendo proteção jurídica os interesses sem interesse social, fúteis ou improdutivos⁶³⁷.

A função econômico-social do negócio jurídico é a sua causa, ou seja, o fundamento típico do negócio jurídico⁶³⁸. A causa é, deste modo, o porquê do negócio jurídico⁶³⁹.

O que caracteriza um negócio jurídico, portanto, é a finalidade econômico-social específica perseguida pelas partes; a razão pela qual elas celebram determinado negócio jurídico. A causa [nos negócios causais] é o que determina os elementos essenciais dessa transação e que a distingue dos demais contratos típicos⁶⁴⁰. Assim, ao se conhecer a causa de

⁶³⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 209.

⁶³⁶ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v.1. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 351.

⁶³⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 20.

⁶³⁸ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A causa do contrato. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 14, pp. 159-178, São Paulo: RT, 2018.

⁶³⁹ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A causa do contrato. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 14, pp. 159-178, São Paulo: RT, 2018.

⁶⁴⁰ FERNANDES, Wanderley; OLIVEIRA, Jonathan Mendes. Contrato preliminar: segurança de contratar. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais**: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 292.

dado negócio jurídico, sua interpretação passa a ser determinada por essa função econômico-social típica⁶⁴¹.

Os negócios que possuem elemento categorial inderrogável objetivo (objeto típico) são denominados negócios causais. No conteúdo (objeto) dos negócios causais há caracteres que se repetem em diversos negócios concretos de tal forma que o ordenamento jurídico lhes dá um regime jurídico próprio, formando assim, um tipo de negócio. Esses caracteres fazem, portanto, parte do objeto⁶⁴².

A causa difere do motivo, pois este é a razão intencional determinante do negócio. O motivo pelo qual se realiza o negócio, salvo quando declarado no próprio negócio como determinante dele ou como condição⁶⁴³.

A causa também não se confunde com o fim do negócio jurídico, pois este é “aquilo que de positivo ou negativo ocorre na esfera jurídica do figurante do ato jurídico”. É o objeto do ato jurídico, tendo o sentido de eficácia jurídica do negócio⁶⁴⁴.

No caso da cláusula de mediação, a causa caracteriza-se pela expressão de declarações negociais das partes com o intuito de determinar a submissão de potenciais controvérsias a um procedimento de mediação, afastando, assim, da apreciação da jurisdição arbitral ou estatal.

A análise da causa se faz importante ainda quanto à averiguação da extensão do conflito em contratos coligados, em que se analisa a função econômico-social do negócio jurídico subjacente do qual se originou a controvérsia.

Assim, também é essencial o exame da causa para confirmação da cláusula de mediação como negócio jurídico definitivo com a eficácia suspensa (e não contrato preliminar).

Os negócios abstratos são aqueles cujos efeitos jurídicos se produzem independentemente de causa. O negócio abstrato possui uma causa, mas esta é irrelevante juridicamente para sua validade ou eficácia. Ele se caracteriza pela forma e não pelo conteúdo. Tem uma forma típica⁶⁴⁵.

⁶⁴¹ FERNANDES, Wanderley; OLIVEIRA, Jonathan Mendes. Contrato preliminar: segurança de contratar. *In*: FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais**: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 291.

⁶⁴² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 145.

⁶⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 213, NR 186.

⁶⁴⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 213, NR 186.

⁶⁴⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 141.

No direito brasileiro, não há negócios absolutamente abstratos, assim, a falta de causa terá sempre relevância entre as partes⁶⁴⁶. São tidos como exemplos de negócios abstratos os títulos de créditos.

6.1.3 Requisitos de validade dos elementos particulares: condição, termo e encargo e a cláusula penal

A condição é cláusula que subordina os efeitos do negócio jurídico a evento futuro e incerto⁶⁴⁷. As condições, para serem válidas, devem ser lícitas e possíveis.

As condições possíveis são as realizáveis, sendo as fisicamente possíveis aquelas que não encontram qualquer empecilho das leis da natureza e as juridicamente possíveis aquelas que não possuem qualquer obstáculo legal^{648 649}.

As condições fisicamente impossíveis são consideradas pelo legislador inexistentes; são tidas como não escritas, tal a sua absurdez⁶⁵⁰. As condições juridicamente impossíveis, por sua vez, invalidam os atos a ela subordinados^{651 652}.

Nos termos do art. 122, 1ª parte do Código Civil, “são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes”. A segunda parte do mesmo artigo determina que são proibidas as condições “que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.

A condição suspensiva da cláusula de mediação é a deflagração da controvérsia. É, portanto, um acontecimento futuro e incerto.

⁶⁴⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 143.

⁶⁴⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 230; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 585; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38.

⁶⁴⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 232.

⁶⁴⁹ Antônio Junqueira de Azevedo, relativamente à validade, traz somente a classificação em: a) *vitiatur et viviant*, compreendendo as condições que subordinam os efeitos do negócio a (i) fato juridicamente impossível ou (ii) condições ilícitas (fato contrário à lei ou aos bons costumes); (iii) meramente potestativas (arbitrárias); (iv) que privem de todo o efeito o ato; (v) condições perplexas (incompreensíveis ou contraditórias); (v) condição aposta a atos cuja natureza não admite condição; e, b) *vitiatur sed non vitiatur*, que compreendem as condições (i) cujo evento consiste em fato fisicamente impossível e; (ii) as de não fazer coisa impossível. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 46-48.

⁶⁵⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 233.

⁶⁵¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 233; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.

⁶⁵² Art. 123, Código Civil. Invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados: I – as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas; II – as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita; III – as condições incompreensíveis ou contraditórias.

Há possibilidade de o evento ser também uma das etapas anteriores à mediação em uma cláusula escalonada. Nesta hipótese haverá mais de um evento condicionante: a) surgimento da controvérsia; b) superação da etapa anterior.

Termo é a cláusula que subordina os efeitos do negócio jurídico a evento futuro e certo⁶⁵³. Já o encargo (ou modo) é a cláusula pela qual se impõe uma obrigação, um ônus a quem se fez uma liberalidade⁶⁵⁴. Ambos possuem como requisitos para sua validade ser lícito e possível.

A cláusula penal, também chamada de pena convencional, apresenta-se como um meio de que servem as partes para delimitar a responsabilidade por inexecução culposa da obrigação contratual; constitui a prefixação convencional de perdas e danos⁶⁵⁵. Ela possui uma função ambivalente, sendo ao mesmo tempo reforço do vínculo obrigacional e liquidação antecipada de perdas e danos⁶⁵⁶. Oferece, assim, dupla vantagem ao credor, aumentando a possibilidade de cumprimento da obrigação e facilitando o pagamento de indenização ao prefixar as perdas e danos.

Assim como os elementos particulares do negócio jurídico apresentados anteriormente, deverá ser lícita e possível.

Segundo a doutrina⁶⁵⁷, a cláusula penal deve ser expressa, inequívoca e estipulada antes do inadimplemento. A estipulação poderá ser feita junta ou posteriormente à obrigação principal⁶⁵⁸; é uma estipulação acessória⁶⁵⁹ que pressupõe uma obrigação principal válida.

Tal qual à condição, a cláusula penal está vinculada a um acontecimento futuro e incerto: o inadimplemento total ou parcial da obrigação ou, ainda, seu cumprimento tardio⁶⁶⁰.

⁶⁵³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 592; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 230.

⁶⁵⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 244; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 596; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38.

⁶⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. v. 7. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 222; GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 162; PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações. v. 2. 30. ed. Atualizado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 136.

⁶⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. v. 7. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 224; PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações. v. 2. 30. ed. Atualizado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 138.

⁶⁵⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações. v. 2. 30. ed. Atualizado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 136.

⁶⁵⁸ Art. 409, Código Civil. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

⁶⁵⁹ O Código Civil anterior estabelecia em seu art. 922 que a nulidade da obrigação acarretava a nulidade da cláusula penal. Essa lógica ainda persiste, apesar da lei não estabelecer expressamente.

Não há necessidade, entretanto, de alegação pelo credor de prejuízo para a exigência da pena em caso de inadimplemento da obrigação principal.

O Código Civil, em seu art. 412, determina que “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”. Há legislação especial que fixa limites inferiores ao do Código Civil⁶⁶¹.

A cláusula penal poderá ser estabelecida pelas partes quando da celebração da cláusula de mediação ou posteriormente, mas antes do inadimplemento, ou seja, da recusa de participar da mediação. No caso da cláusula de mediação, não é possível estimar de antemão o valor da obrigação principal. Assim, para evitar quaisquer questionamentos em sua aplicação, aconselha-se utilizar parâmetros que não ultrapassem o montante devido no contrato subjacente.

6.2 Invalidade do negócio jurídico

O direito visa dar segurança ao tráfico social e previsibilidade nos resultados dos negócios. Assim, o ordenamento jurídico estabelece os negócios que, por sua relevância econômico-social, são recepcionados pelo direito, através dos modelos pré-estabelecidos.

A falta de qualquer requisito de validade torna a declaração negocial irregular. De tal modo, o ordenamento aplica ao negócio irregular uma sanção, qual seja, a invalidade⁶⁶². A atribuição de invalidade de um negócio jurídico visa assegurar o funcionamento regular do sistema. Ao recusar a utilidade jurídica e coibir a prática de negócios que atentem às normas do ordenamento, assegura-se a aplicação do sistema como um todo e de cada uma de suas normas em particular⁶⁶³.

Os conceitos de validade ou invalidade só se referem a negócios jurídicos, isto é, aqueles negócios que entraram no mundo jurídico, através do plano da existência, e se

⁶⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 7. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 219.

⁶⁶¹ O Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu art. 52, § 1º que “as multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação”. O Decreto 22.626/73 estabelece em seu art. 9º uma limitação da multa a 10% do montante da dívida nos contratos de mútuo.

⁶⁶² A maioria da doutrina utiliza usualmente em oposição à validade os termos nulidade/anulabilidade ou simplesmente nulidade: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n.], 1986, p. 110; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 600; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 270. Preferimos utilizar o termo invalidade como fazem também alguns doutrinadores. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – validade, nulidade e anulabilidade**. t. IV. Atualizada por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42, NR 5; BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v.1. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 101.

⁶⁶³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44

transformaram negócios jurídicos. “Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou invalidade a respeito do que não existe. A questão de existência é prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou invalidade”⁶⁶⁴.

A invalidade, seja nulidade ou anulabilidade, configura uma sanção⁶⁶⁵ com a qual se pune as condutas praticadas em desobediência às normas jurídicas aplicáveis e consiste em retirar, de alguma forma, a eficácia do negócio⁶⁶⁶. Destarte, diante da falta de um requisito, o ordenamento jurídico pode determinar a invalidade do negócio, em qualquer de suas modalidades.

Os ordenamentos jurídicos impõem sanções de maior ou menor intensidade considerando a gravidade da infração e a importância do interesse tutelado. “É uma questão de técnica legislativa que o sistema resolve conforme seus intuitos de política jurídica”⁶⁶⁷. Antônio Junqueira de Azevedo esclarece que o ordenamento jurídico brasileiro não adotou um critério científico para a divisão de atos nulos ou anuláveis⁶⁶⁸. Ele também critica o sistema ao afirmar: “como não há critério objetivo, como nulo e anulável são ‘nomes’, a lei pode se dar a liberdade de, ora num passo, ora noutro, determinar que tal é nulo”⁶⁶⁹.

No direito pátrio existem dois graus de invalidade: a) a nulidade, que é a sanção aplicada aos casos mais graves, e em geral traz como consequências ineficácia *erga omnes* do negócio quanto a seus efeitos, além de insanabilidade do vício; e, b) a anulabilidade, sanção aplicada aos casos considerados menos graves, cujos efeitos são relativizados somente às partes do negócio jurídico, produzindo a eficácia específica até sua desconstituição, que poderá ser feita em ação própria, ou, ainda, ser convalidado pela confirmação ou transcurso do tempo.

⁶⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** – validade, nulidade e anulabilidade. t. IV. Atualizada por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012, p. 66.

⁶⁶⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 110; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 600; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 271.

⁶⁶⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 110.

⁶⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** – validade, nulidade e anulabilidade. t. IV. Atualizada por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012, p. 66.

⁶⁶⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 111.

⁶⁶⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986, p. 112.

A doutrina diverge em relação à classificação das invalidades⁶⁷⁰ trazendo a nulidade usualmente como nulidade absoluta e a anulabilidade como nulidade relativa⁶⁷¹.

O reconhecimento da nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico deverá ser feito pelo Poder Judiciário, tendo em vista que a invalidade não opera *ipso iure*. A invalidade “só repercute se for decretada judicialmente; caso contrário surtirá efeitos aparentemente querido pelas partes”⁶⁷².

Uma vez reconhecida a invalidade, esta aniquila o ato jurídico⁶⁷³. A declaração judicial de nulidade produz efeitos *ex tunc*, ou seja, alcança a declaração de vontade quando de sua emissão, salvo nos casos determinados em lei. Já a sentença que determina a anulabilidade de um ato jurídico produz efeitos *ex nunc*, respeitando as consequências anteriormente geradas⁶⁷⁴.

O principal efeito da declaração de invalidade é a recondução das partes ao estado anterior, reconduzindo os interessados ao *status quo ante*, como se o ato nunca tivesse existido⁶⁷⁵, pois, com sua invalidação, ele desaparece do mundo jurídico, não mais podendo produzir efeitos⁶⁷⁶. Entretanto, se não for mais possível retornar ao *status quo ante*, o prejudicado deverá ser indenizado, nos termos do art. 182 do Código Civil⁶⁷⁷.

Quanto aos efeitos, as invalidades podem ser classificadas em⁶⁷⁸: invalidades que impedem completamente, e de início, a produção dos efeitos (negócios nulos), invalidades que admitem provisoriamente a produção dos efeitos (negócios anuláveis); invalidades que impedem a produção dos efeitos para uma das partes (negócios claudicantes) e invalidades que impedem a produção dos efeitos para terceiros (negócios inoponíveis, por vezes classificados como ineficácia relativa).

⁶⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 600; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 270.

⁶⁷¹ Antônio Junqueira de Azevedo traz a classificação de nulidades absolutas ou relativas não como grau de invalidade, mas em relação a quem pode alegar a nulidade. Assim, no caso de nulidade absoluta, a alegação pode ser feita por qualquer interessado; já na nulidade relativa, somente a pessoa em favor de quem se estabeleceu a nulidade pode alegá-la. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n.], 1986, p. 110.

⁶⁷² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 603.

⁶⁷³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 278.

⁶⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 603.

⁶⁷⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 278.

⁶⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 604.

⁶⁷⁷ Art. 182, Código Civil. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

⁶⁷⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n.], 1986, p. 110.

A cláusula de mediação que apresentar defeito em qualquer de seus requisitos pode ser declarada inválida. Assim, se a declaração não for feita espontaneamente, como, por exemplo, no caso *Hooters vs. Garrett*⁶⁷⁹, ou se houve erro quanto à eleição do método para solução da controvérsia, a anulação da cláusula poderá ser pleiteada.

Também se for celebrada por incapaz; ou se tiver um objeto ilícito (direitos não transacionáveis) ou indeterminado (sem delimitar quais controvérsias serão objeto da mediação) a cláusula também não poderá ser considerada válida.

⁶⁷⁹ RALPH, Jennifer M. Unconscionable mediation clause: *Garret vs. Hooter-Toledo*. In: **Harvard Negotiation Law Review** v.10. Spring 2005, pp. 383-400. Disponível em: https://www.hnlr.org/wp-content/uploads/sites/22/2012/04/unconscionable_mediation_clauses_garrett_v_hooters-toledo.doc. Acesso em: 8 jul. 2019.

7 A CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO NO PLANO DA EFICÁCIA

7.1 Fatores de atribuição de eficácia

Como visto, tem-se, no plano da existência, o negócio existente e o negócio inexistente; no plano da validade, o negócio válido e o negócio inválido (subdividido em nulo e anulável); e, no plano da eficácia, o negócio eficaz e o negócio ineficaz em sentido estrito⁶⁸⁰. Os fatores de eficácia podem resultar de lei ou de vontade das partes.

A eficácia jurídica é representada pelos efeitos próprios e finais dos negócios jurídicos. São os efeitos tidos como queridos pelas partes. “A geração de eficácia jurídica constitui a razão de ser do fato jurídico, sua função, seu fim último”⁶⁸¹.

O plano da eficácia é, assim, a última etapa de análise do negócio jurídico. Nesse momento é analisado se o negócio está apto a produzir os efeitos jurídicos queridos pelas partes quando de sua celebração (criação, extinção e modificação de relações jurídicas).

Muitos negócios jurídicos necessitam de fatores de eficácia para a produção de seus efeitos. O termo “fatores” é aqui entendido como algo extrínseco ao negócio, algo que dele não participa, não o integra, mas contribui para o resultado visado⁶⁸².

Os fatores de eficácia referem-se, assim, ao início da produção dos efeitos do negócio jurídico e são classificados em a) fatores de atribuição de eficácia em geral; b) fatores de atribuição de eficácia diretamente visada; e, c) fatores de atribuição de eficácia mais extensa⁶⁸³.

Os fatores de atribuição de eficácia em geral são aqueles sem os quais o ato quase nenhum efeito produz⁶⁸⁴. São exemplos de fatores de atribuição de eficácia em geral: recepção da declaração pelo destinatário nos negócios reptícios; outorga de poderes pelo representado, nos contratos em que o representante agiu sem poderes e em que ambas as partes se obrigaram a aguardar por ela; a morte do testador, no testamento; o advento do termo inicial nos negócios a eles submetidos; a homologação pelo juiz, da partilha amigável feita por herdeiros por instrumento particular, a condição suspensiva⁶⁸⁵.

⁶⁸⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63.

⁶⁸¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia – 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 60.

⁶⁸² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

⁶⁸³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 57.

⁶⁸⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 57.

⁶⁸⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 57.

No caso de condição suspensiva, explica Antônio Junqueira de Azevedo:

“enquanto não ocorre o advento do evento, o negócio se tiver preenchido todos os requisitos, é válido, mas não produz efeitos; certamente, a condição como cláusula faz parte (é elemento do negócio), mas uma coisa é cláusula e outra o evento a qual ela faz referência; o advento futuro é, nesse caso, um fator de eficácia (é extrínseco ao ato e contribui para a produção dos efeitos)”⁶⁸⁶.

Esse é o caso da cláusula de mediação. Enquanto não deflagrado o conflito (evento futuro e incerto), ela não produz seus efeitos.

Embora não produza todos os efeitos diretamente visados ao negócio jurídico durante o período de ineficácia, este negócio já cria uma relação jurídica. Essa relação já possui uma eficácia que é diferente da eficácia própria do negócio. É o que ocorre, por exemplo, no caso do direito expectativo do art. 130 do Código Civil⁶⁸⁷.

Os fatores de atribuição de eficácia diretamente visada, por sua vez, são aqueles indispensáveis para o negócio produzir os efeitos por ele visados. Os negócios realizados nessa situação são válidos e possuem eficácia entre as partes; porém, falta-lhes a eficácia diretamente visada, que inclui a projeção dos efeitos na esfera jurídica de terceiros⁶⁸⁸.

Incluem-se nos fatores de atribuição de eficácia diretamente visada a maioria dos casos de legitimidade. São exemplos: vendas a *non domino*, atos do mandatário sem poderes (desde que a outra parte ignore isso); alienação de bem próprio, quando o proprietário já perdeu o poder de disposição (bem do falido, bem penhorado)⁶⁸⁹. No caso do representante que pratica atos sem poderes, em que

“a ratificação do mandante retroage à data do ato, o que significa que o ato, até o momento da ratificação, é ineficaz para os efeitos para os quais surgiu; (...) o ato do representante sem poderes é somente, até a ratificação, ineficaz em relação ao representado. Ocorrendo a ratificação, o negócio adquire sua eficácia própria; essa ratificação é, pois, fator de eficácia”⁶⁹⁰.

Cabe aqui distinguir a legitimidade fator de eficácia da legitimidade fator de validade. No primeiro caso, a legitimidade é adquirida por causa de uma relação jurídica

⁶⁸⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

⁶⁸⁷ Art. 130, Código Civil. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.

⁶⁸⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60.

⁶⁸⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60.

⁶⁹⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 57.

⁶⁹⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 55-56.

anterior: a inexistência de uma relação jurídica impede a realização eficaz de um negócio⁶⁹¹. É o caso, por exemplo, do mandatário sem poderes. Aqui, no plano da eficácia, a legitimidade é a aptidão do agente obtida pelo fato dele estar na titularidade de um poder⁶⁹².

Na segunda hipótese, a legitimidade é obtida apesar de uma relação jurídica. Assim, a existência de uma relação jurídica impede a realização válida do negócio⁶⁹³, como, por exemplo, na vedação de um ascendente de vender bens a descendentes⁶⁹⁴. Nesse caso (validade), a legitimidade consiste na aptidão do agente obtida por consentimento de outrem para realizar validamente um negócio jurídico⁶⁹⁵.

Por fim, os fatores de eficácia mais extensa são aqueles indispensáveis para que um negócio, já com plena eficácia e produzindo os efeitos visados, amplie seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros (até *erga omnes*)⁶⁹⁶. São as hipóteses de fatores de eficácia mais extensa as medidas de publicidade em geral.

A cláusula de mediação é um negócio jurídico subordinado a uma condição suspensiva⁶⁹⁷, a um evento futuro e incerto, qual seja, a ocorrência de um conflito oriundo do contrato principal, para que sejam atribuídos os efeitos jurídicos pretendidos. Até o surgimento da controvérsia a cláusula de mediação ficará latente.

A cláusula de mediação pode estar inserida em uma cláusula escalonada de resolução de conflitos. Excepcionalmente, podem as partes estabelecer a necessidade de negociação antes da mediação. Neste caso, a mediação seria o degrau superior.

*“If parties have stipulated in mandatory terms the requirement to negotiate as a condition precedent to mediation, then the principle of pactum de non petendo requires the enforcement of such agreement”*⁶⁹⁸.

⁶⁹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 58-59.

⁶⁹² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 58.

⁶⁹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 58-59.

⁶⁹⁴ Art. 496, Código Civil. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

⁶⁹⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 58.

⁶⁹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 57.

⁶⁹⁷ Art. 121, Código Civil. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

⁶⁹⁸ Se as partes estipularem de forma vinculante a negociação como uma condição precedente à mediação, o princípio do *pactum de non petendo* exige a execução de tal estipulação [tradução nossa]. SALEHIJAN, Maryam. Mediation clause decoded: a systematic content analysis. *McGill Journal of Dispute Resolution* v. 5 (2018-2019), n. 6, pp. 119-167. Disponível em: <https://biblio.ugent.be/publication/8620742/file/8620743>. Acesso em: 12 set. 2019, p. 140.

Ocorrendo o conflito previsto pelas partes (e na ausência de outras condições suspensivas), a cláusula produzirá seus efeitos, sem necessidade de qualquer procedimento adicional para instaurar a mediação.

A cláusula de mediação é firmada usualmente junto ao contrato subjacente, portanto, antes da deflagração da controvérsia. Projeta-se, assim, para o futuro, tendo em vista que o conflito é potencial.

Por isso, a cláusula, quando de sua conclusão, é latente, com aptidão para produzir efeitos, entretanto, sem eficácia, dependendo do surgimento da controvérsia, que é o fator de atribuição de eficácia geral da cláusula de mediação⁶⁹⁹.

7.2 Ineficácia

A ineficácia jurídica ocorre quando, em decorrência de certas circunstâncias, o negócio jurídico não está apto, temporária ou permanentemente, a realizar sua função, ou seja, irradiar os efeitos próprios e finais que a norma jurídica lhe imputa⁷⁰⁰.

Ser, valer e ser eficaz são situações distintas e inconfundíveis dos negócios jurídicos. Para ser válido/inválido, eficaz/ineficaz, é necessário que o negócio jurídico exista.

A ineficácia jurídica pode ser em sentido lato quando se refere a toda e qualquer situação em que o negócio jurídico não produz efeito, ou ainda não produziu; ou decorrer de certas vicissitudes a que estão sujeitos os negócios como nos casos de nulidade, anulabilidade ou resolubilidade.

Pode também ser em sentido estrito, quando se refere a espécies em que a eficácia própria e final ainda não se irradiou; ou se já produzida, foi excluída do mundo jurídico⁷⁰¹.

A ineficácia pode ser superveniente, isto é, o negócio existente, válido e eficaz, por causa superveniente torna-se ineficaz. Isso decorre dos fatores de ineficácia que podem ser a) ligados à formação do negócio, como evento futuro (condição resolutiva ou termo final) ou não realização da causa; b) não ligados à formação do negócio como distrato e impossibilidade superveniente⁷⁰².

⁶⁹⁹ NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *In: Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 57.

⁷⁰⁰ NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *In: Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 60.

⁷⁰¹ NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *In: Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 60.

⁷⁰² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 61.

7.3 Efeitos da cláusula de mediação

Nesse ponto do trabalho já foram percorridos os planos da existência, da validade e da eficácia. Já foram examinados os elementos no plano da existência e, estando todos presentes, passamos para o plano seguinte. No plano da validade, os negócios existentes foram averiguados, e constatou-se a regularidade de seus requisitos; assim, os negócios válidos continuam e entram no plano da eficácia. Nesse último plano, por fim, são averiguados os fatores de eficácia para que os negócios possam produzir seus efeitos. Portanto, esses negócios, existentes, válidos e eficazes estão aptos à produção dos efeitos almejados pelos agentes.

No tópico em questão serão analisados os efeitos produzidos pela cláusula de mediação quando superada a condição suspensiva, ou seja, quando da ocorrência de conflito entre as partes oriundo do contrato subjacente por elas celebrado.

Todo negócio jurídico é celebrado para produzir os efeitos pretendidos pelas partes contratantes. O principal efeito de um contrato é criar um vínculo jurídico entre elas⁷⁰³. Essa força vinculante do contrato é o que obriga os contratantes a “honrar a palavra empenhada e se conduzir pelo modo a que se comprometeu”⁷⁰⁴.

A ideia de que o negócio jurídico obriga as partes já estava presente no direito romano. A obrigatoriedade decorre diretamente do princípio da autonomia privada. O princípio da força obrigatória significa que aquilo que as partes, de comum acordo, estipularam e aceitaram, deverá ser fielmente cumprido (*pacta sunt servanda*)⁷⁰⁵, ou seja, a irreversibilidade da palavra dada⁷⁰⁶. Assim, nenhuma das partes poderá, sem a anuência do outro, alterar o conteúdo da declaração.

O negócio jurídico obriga porque as partes livremente o aceitam. Essa obrigação de cumprir os termos avençados dá segurança ao tráfego jurídico. As partes escolheram os termos e as condições de sua vinculação, assumindo todos os riscos.

Não cabe ao Poder Judiciário, salvo nos casos previstos no ordenamento, rever o conteúdo da declaração das partes, sob pena de ferir a autonomia privada dos contratantes e a segurança jurídica do sistema. O compromisso das partes em honrar sua obrigação está intimamente ligada ao princípio da boa-fé.

⁷⁰³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 161.

⁷⁰⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 161.

⁷⁰⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 9.

⁷⁰⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 13.

A cláusula de mediação tem como prestação obrigacional submeter a um processo de mediação uma eventual e futura controvérsia surgida em uma relação contratual entre as partes contratantes. Destarte, deflagrado o conflito, a cláusula de mediação produz um de seus efeitos, qual seja, a obrigação das partes de cumprir o acordado e iniciar o processo de mediação.

Essa questão da obrigatoriedade do cumprimento da cláusula de mediação já foi enfrentada em alguns países.

A principal decisão da Inglaterra⁷⁰⁷ que ilustra a obrigatoriedade de cláusulas de mediação é *Cable e Wireless vs. IBM United Kingdom Ltd* (2002). Tratava-se de cláusula escalonada que determinava às partes tentarem inicialmente negociar uma resolução dentro de suas próprias organizações. A cláusula estabelecia que a mediação seria obrigatória apenas se estas negociações não fossem bem-sucedidas. Depois disso, estabelecia que se a disputa ainda permanecesse sem resolução, processos judiciais poderiam ser instaurados. Após o fracasso das negociações, uma parte decidiu ignorar o estágio de mediação e, prematuramente, ajuizou uma demanda perante a Suprema Corte da Inglaterra. A outra parte contestou essa conduta.

O juiz considerou que houve uma violação da cláusula de resolução de disputas porque uma parte havia “pulado” o estágio de mediação e seguido diretamente para o contencioso. Foi suspenso o processo judicial para cumprimento da mediação. Esse caso demonstra que o comprometimento contratual em mediar é legalmente exigível, na hipótese de conter um comprometimento claro em se engajar na mediação⁷⁰⁸.

Outro caso muito citado é o do túnel construído sob o canal da Mancha que liga França e Inglaterra (*Channel Tunnel Group Ltd. (UK) and France Manche S.A. (Fr) vs. Balfour Beatty Construcion Ltd. (UK) et al*)⁷⁰⁹. Neste caso, também era prevista cláusula de resolução extrajudicial de disputas que não foi observada. O contrato entre as partes possuía uma cláusula escalonada que estabelecia duas etapas.

Ao julgar o conflito, o tribunal inglês considerou que a parte que decidir pela utilização de um método de solução de controvérsias deve apresentar boas razões para não utilizá-lo⁷¹⁰.

Na França também há o reconhecimento da obrigatoriedade da cláusula de resolução não jurisdicional de conflitos. Em 1995, houve um caso⁷¹¹ em que uma das partes

⁷⁰⁷ ANDREWS, Neil. Mediação e arbitragem na Inglaterra. Tradução de Bruno Bodart *et al.* **Revista de Processo**. v. 211, pp. 281-316, set. DTR\2012\450584. **Revista dos Tribunais** [versão eletrônica], 2012, p. 3.

⁷⁰⁸ ANDREWS, Neil. Judicial Enforcement of Mediation Agreements. **Revista dos Tribunais**. v. 924, pp. 369-390, out. 2012, DTR\2012\450876. São Paulo: RT, 2012 [versão eletrônica], p. 3.

⁷⁰⁹ [1993] A.C. 334 *apud* GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 96.

⁷¹⁰ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 96.

desejava renunciar a uma cláusula de conciliação prevista anteriormente a uma arbitragem. O entendimento foi no sentido de que a renúncia somente poderia ocorrer se observadas as regras pertinentes ao instituto da renúncia. Sem a formalização da renúncia, a cláusula que elege um meio não jurisdicional de solução de conflito permanece válida e eficaz. Nesse caso, as partes foram compelidas a realizar a conciliação.

A cláusula de mediação não pode ser considerada mera alegoria contratual. Seu cumprimento é mandatório e sua inobservância traz consequências no campo contratual, nos termos do regime jurídico do descumprimento das obrigações⁷¹².

Fernanda Rocha Lourenço Levy esclarece as consequências da inobservância da obrigação de cumprir a cláusula de mediação ao comentar essa etapa da cláusula escalonada:

“Enfim, configurada expressamente a fase da mediação como obrigatória, ou seja, caracterizada a vontade das partes em, surgindo um conflito submetê-lo inicialmente ao procedimento de mediação, entendemos que todos os efeitos jurídicos se operam, tanto na esfera obrigacional como na esfera processual. Neste sentido, as partes, ao convencionarem a mediação ficam primeiramente obrigadas a cumprir o avençado, mas na hipótese de uma das partes recalcitrante, deverá arcar com as consequências jurídicas na esfera obrigacional e processual, ou seja, responderá pelos danos causados à outra parte em razão da sua atitude e terá seu conflito, ainda que momentaneamente, afastado da apreciação do tribunal arbitral”⁷¹³.

Duas questões geralmente levantadas relativamente à obrigatoriedade da cláusula de mediação são quanto à afronta ao direito de livre acesso ao Poder Judiciário e ao princípio da voluntariedade da mediação. Iniciaremos pela análise da questão jurisdicional.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao estabelecer que não será excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, Constituição Federal de 1988⁷¹⁴), garante a todo titular de direito subjetivo lesado ou ameaçado acesso à Justiça para obter do Estado a tutela adequada, a ser exercida pelo Poder Judiciário⁷¹⁵. O texto constitucional revela também que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição⁷¹⁶.

⁷¹¹ Peyrin et outras c/ Societé Polytechnique de Fleurs *apud* GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 97.

⁷¹² LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 253.

⁷¹³ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 291.

⁷¹⁴ Art. 5º, Constituição Federal. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁷¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 46.

⁷¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 432.

Assim, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, o Poder Judiciário é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio que rege a jurisdição⁷¹⁷.

Um ponto questionado é se a cláusula de mediação privada possui o condão de afastar, ainda que momentaneamente, o conflito da apreciação do Poder Judiciário e, assim, se ofenderia o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional acima mencionada e o acesso à justiça.

Essa é uma questão também levantada pela doutrina e pela jurisprudência estrangeira, tendo em vista que o acesso à justiça é um princípio fundamental, constante do art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷¹⁸, e está expresso em algumas constituições de democracias ao redor do mundo⁷¹⁹.

Considerando o entendimento de acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa (obter justiça substancial), é possível estabelecer o papel do Poder Judiciário na definição das situações jurídicas ainda não estabilizadas ou controvertidas⁷²⁰. O acesso à justiça não pode ser sinônimo de acesso à jurisdição.

“Considerar o Poder Judiciário a prioritária opção para obter a ‘solução’ de conflitos traduz uma visão exacerbada de garantia de acesso ao Poder Judiciário que em nada contribui para a efetiva distribuição de justiça em um regime democrático, pluralista e participativo”⁷²¹.

Nesse sentido também se expressa a doutrina internacional. Carlos Esplugues⁷²² afirma que a ratificação dos meios alternativos de solução de controvérsias remodela o princípio do acesso à justiça incorporado no “direito a um julgamento justo” e “direito a um remédio efetivo e a um julgamento justo”. O princípio de acesso à justiça deve ser entendido em sentido amplo, abarcando tanto os juízos estatais quanto os meios alternativos de solução de controvérsias.

⁷¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas 1997, p. 196.

⁷¹⁸ Art. 8º, Declaração Universal dos Direitos Humanos. Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org>. Acesso em: 10 jul. 2019.

⁷¹⁹ ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation**: legal perspectives. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 184.

⁷²⁰ TARTUCE, Fernanda. **Mediação de conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019 [Minha Biblioteca], p. 106.

⁷²¹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação de conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019 [Minha Biblioteca], p. 151.

⁷²² ESPLUGUES, Carlos. Access to justice or access to states courts' justice in Europe? The directive 2008/52/EC on civil and commercial mediation. **Revista de Processo**. v. 221, pp. 303-332, jul. DTR\2013\3818, São Paulo: RT, 2013 [versão eletrônica], p. 7.

Isso implica em dar um novo entendimento à resolução de conflitos e à criação de um sistema de justiça civil com múltiplas opções. A mediação não deve substituir o processo judicial perante os tribunais estatais, mas apenas complementá-lo⁷²³.

Cláusulas de resolução de conflitos estão *prima facie* em conformidade com regras de direitos humanos, tendo em vista que as partes permanecem com acesso a um julgamento público justo nos casos em que um acordo não é alcançado⁷²⁴.

Essa é a posição adotada por diversos países. A interpretação do ponto de vista do direito processual, segundo Luis Fernando Guerreiro, pode assumir cinco configurações diferentes:

“(i) MASC como condições da ação, como no sistema francês e nas Comissões de Conciliação Prévia do direito brasileiro⁷²⁵; (ii) pressupostos processuais, como no sistema argentino; (iii) questões prévias, como no sistema americano; (iv) sistema misto, aplicado na Finlândia, em que há uma questão prejudicial na arbitragem e não obrigatoriedade no Judiciário; e (v) simplesmente desconsiderar os métodos não jurisdicionais”⁷²⁶.

O autor ainda traz um histórico da evolução desse assunto na França⁷²⁷. Ele conta que antes de 1949 as demandas civis deveriam obrigatoriamente passar por uma sessão prévia de conciliação antes de seu ajuizamento. Já na década de 1970, os doutrinadores mencionam a cláusula de conciliação prévia e ressaltam que sua inobservância era considerada um vício de incompetência do processo, ocasionando o não recebimento da demanda. Na década de 1990, a doutrina mudou seu entendimento e passou a tratar a questão como uma condição do exercício do direito de ação, por meio de uma exceção processual apresentada pela parte, ocasionando o não recebimento da demanda pelo Judiciário⁷²⁸.

⁷²³ STÖBER, Michael. Os meios alternativos de solução de conflitos no direito alemão e europeu: desenvolvimento e reformas. **Revista de Processo**. v. 244, pp. 361-380, jun. 2015, DTR\2015\9720. São Paulo: RT, 2015 [versão eletrônica], p. 7.

⁷²⁴ ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation: legal perspectives**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 186; SALEHIJAN, Maryam. Mediation clause decoded: a systematic content analysis. **McGill Journal of Dispute Resolution** v. 5 (2018-2019), n. 6, pp. 119-167. Disponível em: <https://biblio.ugent.be/publication/8620742/file/8620743>. Acesso em: 12 set. 2019, p. 144.

⁷²⁵ A obrigatoriedade de submissão a Comissões de Conciliação Prévia foi derrubada por julgamento do Supremo Tribunal Federal conforme será abordada posteriormente.

⁷²⁶ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 113.

⁷²⁷ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 97. Sobre a evolução da mediação na França, ver também: DECKERT, Katrin. Mediation in France: legal framework and practical experiences. In: HOPT, Klaus J., STEFFEK, Felix (eds). **Mediation: principles and regulation in comparative perspective**. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013, [versão Kindle], pp. 457-459.

⁷²⁸ Em 1995, foi promulgada na França a lei que impulsionou a mediação obrigatória e a mediação comercial. Loi n. 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative: Article 21-3, “Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité” [Lei n. 95-125 de 8 fevereiro 1995 sobre a organização judiciária e processos civis, criminais e administrativos. Art. 21-3 Salvo acordo em contrário entre as partes, a mediação está sujeita ao princípio da confidencialidade [tradução nossa]. FRANÇA. **Lei n. 95-125 de 8 fevriere 1995**. Lei sobre a organização judiciária e processos civis, criminais e administrativos. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/>. Acesso em: 03 out. 2019.

Em 2003, ainda prevalecia o entendimento de que caso as partes tenham acordado em utilizar um meio não jurisdicional de solução de conflitos, as cortes francesas não aceitariam a demanda judicial envolvendo a matéria objeto da controvérsia até que se alcançasse um acordo ou que o terceiro imparcial declarasse não ser mais possível prosseguir com a negociação⁷²⁹. “A tendência é que os juízes franceses, no sistema francês, atribuam eficácia específica ou *in natura* à disposição das partes em utilizar um MASC consensual antes do Judiciário ou da arbitragem, sendo tratada como questão preliminar pelo magistrado”⁷³⁰.

No Brasil, a mediação é bastante utilizada na seara trabalhista em casos de conflitos coletivos, especialmente quando os trabalhadores fazem greve⁷³¹. A questão da obrigatoriedade de meio não jurisdicional antes da demanda judicial também é amplamente discutida. Para instaurar dissídio coletivo, por exemplo, é necessário exaurir a fase negocial, por imperativo constitucional (art. 114, § 1º da Emenda Constitucional n. 45/2004⁷³²). O Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, reforça o referido preceito constitucional. No mesmo sentido, o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho – TST⁷³³, no art. 240, esclarece que somente após “frustrada total ou parcialmente, a autocomposição dos interesses coletivos, em negociação promovida diretamente pelos interessados, ou mediante intermediação administrativa do Ministério do Trabalho, poderá ser ajuizada a ação de dissídio coletivo”⁷³⁴.

Em casos de relações individuais de trabalho, as comissões de conciliação prévia⁷³⁵ foram criadas pela Lei n. 9.958/2000, que incluiu os arts. 625-A a 625-H na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. O art. 625-D determina que “qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria”.

⁷²⁹ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 97.

⁷³⁰ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 97.

⁷³¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho – relações individuais e coletivas do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 908.

⁷³² Art. 144, § 1º, Constituição Federal. § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

⁷³³ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Regimento interno. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/>. Acesso em: 17 ago. 2019.

⁷³⁴ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Cláusula escalonada ou combinada – mediação, conciliação e arbitragem**. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br>. Acesso em: 17 maio 2019, p. 13.

⁷³⁵ Art. 625-A, Consolidação das Leis do Trabalho. As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.

A doutrina⁷³⁶ trabalhista muito discutiu sobre a obrigatoriedade da submissão da demanda a tal comissão como condição da ação, tendo em vista que os § 2º e § 3º exigem a declaração da juntada de tentativa de conciliação⁷³⁷. Predominava o entendimento de que a tentativa de conciliação era uma condição da ação.

Em 2002, o Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região editou a Súmula 2⁷³⁸, afastando a obrigatoriedade de comparecimento do empregado à Comissão de Conciliação Prévia.

Em 2018, o Plenário do Supremo Tribunal Federal confirmou decisão dada em medida cautelar proferida anteriormente, reafirmando o entendimento do tribunal paulista ao julgar as ADIs 2.139, 2.160 e 2.237, determinando que não era obrigatória a apreciação da demanda pela Comissão de Conciliação Prévia. A Ministra Carmen Lúcia declarou em seu voto:

“A legitimidade desse meio alternativo de resolução de conflitos baseia-se na consensualidade, importante ferramenta para o acesso à ordem jurídica justa. O artigo 625-D e seus parágrafos devem ser reconhecidos como subsistema administrativo, apto a buscar a pacificação social, cuja utilização deve ser estimulada e constantemente atualizada, não configurando requisito essencial para o ajuizamento de reclamações trabalhistas”⁷³⁹.

A partir desse julgamento, a submissão da controvérsia trabalhista a um meio alternativo de solução de conflitos deixou de ser considerada uma condição para a propositura de ação trabalhista.

Na Argentina, a Lei n. 24.573/1996 instituiu a mediação prejudicial em âmbito da capital federal e da província de Buenos Aires para matérias específicas⁷⁴⁰. No início, a mediação prejudicial obrigatória causava indignação a mediadores argentinos, pois a obrigatoriedade da mediação seria incompatível com a liberdade das partes dela participarem.

⁷³⁶ Sobre a obrigatoriedade da tentativa de conciliação, ver: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3; MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 55.

⁷³⁷ Art. 625-A, Consolidação das Leis do Trabalho. § 2º Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista. § 3º Em caso de motivo relevante que impossibilite a observância do procedimento previsto no *caput* deste artigo, será a circunstância declarada na petição inicial da ação intentada perante a Justiça do Trabalho.

⁷³⁸ O comparecimento perante a Comissão de Conciliação Prévia é uma faculdade assegurada ao obreiro, objetivando a obtenção de um título executivo extrajudicial, conforme previsto pelo art. 625-E, parágrafo único da CLT, mas não constitui condição da ação, nem tampouco pressuposto processual na reclamatória trabalhista, diante do comando emergente do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/juris-sumulas-trtsp>. Acesso em: 12 jul. 2019.

⁷³⁹ CONSULTOR JURÍDICO. Conciliação prévia não é obrigatória para ajuizar ação trabalhista, reafirma STF. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-01/conciliacao-previa-nao-obrigatoria-ajuizar-acao-trabalhista>. Acesso em: 12 jul. 2019.

⁷⁴⁰ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 259.

Por outro lado, a necessidade de imposição legal poderia conduzir a alteração para a cultura do consenso ao invés de manter a do litígio⁷⁴¹.

Essa é a posição adotada em alguns casos na legislação brasileira, como no caso de mediação obrigatória nas ações de família, nos termos no art. 695 do Código de Processo Civil⁷⁴².

A institucionalização da mediação no Poder Judiciário torna-se positiva quando é encarada como uma das possibilidades de incentivo e suporte à mediação, sem, entretanto, excluir outras formas de acesso à mediação não atreladas a organismos judiciais ou estatais⁷⁴³.

Luis Fernando Guerreiro fez um levantamento da evolução dos entendimentos jurisprudenciais relativamente ao tratamento de meios alternativos de resolução de conflitos não vinculativos como pressupostos processuais (*motion to dismiss*) nos Estados Unidos da América⁷⁴⁴.

No final da década de 1980, o autor relata que ocorreram precedentes que determinaram a “falta de pressuposto para prosseguimento do processo”. Assim, a cláusula de resolução de conflitos foi considerada vinculativa, impedindo a discussão desses casos perante o Poder Judiciário⁷⁴⁵. Esse entendimento perdurou durante a década de 1990.

Já no final dos anos 2000, foi consolidado o entendimento no sentido de que os meios de soluções de controvérsias não adjudicatórios eleitos pelas partes passaram a ser questões prévias para métodos adjudicatórios de solução de conflitos, seja arbitragem ou judicial. Diante disso, a mediação passou a ser um motivo para a suspensão do processo para as partes realizarem o processo de mediação.

Entendimento diverso é encontrado na Finlândia. O direito finlandês, em relação à obrigatoriedade de utilização de meio de solução de conflito não jurisdicional, adota tratamento diverso entre arbitragem e Poder Judiciário.

“O poder do segundo decorre da lei; portanto, se as etapas da solução de controvérsias não são seguidas, pode haver no máximo a suspensão do processo. Do outro lado, na arbitragem, como a origem é contratual, assim como a dos demais métodos de solução de controvérsias, há que se seguir todas as etapas. (...) Os

⁷⁴¹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 258-259.

⁷⁴² Art. 695, Código de Processo Civil. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

⁷⁴³ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos E.U.A.: condições, desafios e limites para institucionalização da mediação no judiciário**. (coord.). Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 28.

⁷⁴⁴ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 99-106.

⁷⁴⁵ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 103.

métodos não jurisdicionais de solução de controvérsias podem ser vistos como pressupostos processuais da arbitragem⁷⁴⁶.

Essa posição é criticada por Luis Fernando Guerrero. Segundo o autor, o critério a ser considerado deve ser o dos efeitos do método de solução de controvérsias, e não o de sua origem⁷⁴⁷.

Por fim, há jurisdições em que a existência de cláusulas de mediação não impede o ingresso no Poder Judiciário de controvérsias englobadas pelas cláusulas estipuladas, como no caso de Áustria e Hungria⁷⁴⁸. Há, ainda, países nos quais a questão da executoriedade da cláusula de mediação ainda não está resolvida, como nos Países Baixos e na Irlanda⁷⁴⁹.

O ordenamento jurídico brasileiro dá preferência a meios autocompositivos e extrajudiciais de resolução de controvérsias. Com isso, na hipótese de se atingir uma solução consensual, fora de um processo que visa uma solução adjudicatória, a forma autocompositiva é privilegiada.

Todavia, a existência de mais de um instrumento para a composição de conflitos levanta o questionamento sobre o emprego simultâneo de mais de um meio de resolução de litígios⁷⁵⁰. A legislação brasileira não censura essa prática⁷⁵¹. A Lei de Mediação permite a convivência do processo judicial ou da arbitragem com o processo de mediação⁷⁵².

O art. 23 da Lei de Mediação prevê o efeito vinculante da cláusula de mediação ao estabelecer que as partes não devem iniciar o procedimento arbitral ou judicial em caso de previsão contratual da cláusula de mediação. A Lei exige também que a cláusula contenha a previsão expressa do óbice à iniciativa de processo adjudicatório por prazo determinado ou dada condição. Francisco José Cahali afirma que nesse quesito a lei poderia ser mais avançada

⁷⁴⁶ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 108.

⁷⁴⁷ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 108.

⁷⁴⁸ ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation: legal perspectives**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 175.

⁷⁴⁹ ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation: legal perspectives**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 175.

⁷⁵⁰ TALAMINI, Eduardo. *In: (org.) CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover*. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 89.

⁷⁵¹ TALAMINI, Eduardo. *In: (org.) CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover*. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 89.

⁷⁵² Art. 16, Lei de Mediação. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio. § 1º É irrecurível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes. § 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro. Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.

e possibilitar a suspensão do processo/procedimento independentemente da previsão contratual nesse sentido, mas tão somente pela existência da cláusula de mediação⁷⁵³.

Diversamente da cláusula compromissória da arbitragem, que tem o condão de extinguir o processo sem resolução de mérito⁷⁵⁴, a cláusula de mediação somente permite suspender o procedimento.

Essa solução é semelhante a algumas decisões apresentadas em casos nos Estados Unidos da América, conforme já observado acima. Nesse sentido, Luis Fernando Guerreiro afirma:

“A convenção de solução de controvérsias de mediação e conciliação, por exemplo, não teria um efeito negativo sobre o processo civil ou o processo arbitral, mas atuaria como uma condição suspensiva destes. Vale dizer, enquanto a mediação ou a conciliação não se realizar, o método de solução de controvérsias jurisdicional e vinculativo intentado pelas partes não poderá prosseguir”⁷⁵⁵.

Considerando o entendimento acima, o autor conclui que a cláusula de mediação não deve ser tratada como um pressuposto negativo de desenvolvimento do processo adjudicatório (o que levaria à extinção do processo), mas como condicionante da eficácia jurisdicional dos julgadores (árbitros ou juízes)⁷⁵⁶.

A Lei de Mediação inovou ao determinar que o juiz suspenda o processo até o implemento da condição e não por um prazo determinado como no Código de Processo Civil⁷⁵⁷. Não há, portanto, um limite temporal predefinido para suspender a ação. O procedimento deve ficar suspenso enquanto durar o processo de mediação, o que implica também na suspensão de prazos processuais.

⁷⁵³ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 107.

⁷⁵⁴ Art. 485, Lei de Arbitragem. O juiz não resolverá o mérito quando: VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência.

⁷⁵⁵ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 115.

⁷⁵⁶ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 115.

⁷⁵⁷ Art. 313, Código de Processo Civil: § 2º Não ajuizada ação de habilitação, ao tomar conhecimento da morte, o juiz determinará a suspensão do processo e observará o seguinte: I – falecido o réu, ordenará a intimação do autor para que promova a citação do respectivo espólio, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, no prazo que designar, de no mínimo 2 (dois) e no máximo 6 (seis) meses; II – falecido o autor e sendo transmissível o direito em litígio, determinará a intimação de seu espólio, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, pelos meios de divulgação que reputar mais adequados, para que manifestem interesse na sucessão processual e promovam a respectiva habilitação no prazo designado, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito. § 3º No caso de morte do procurador de qualquer das partes, ainda que iniciada a audiência de instrução e julgamento, o juiz determinará que a parte constitua novo mandatário, no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual extinguirá o processo sem resolução de mérito, se o autor não nomear novo mandatário, ou ordenará o prosseguimento do processo à revelia do réu, se falecido o procurador deste. § 4º O prazo de suspensão do processo nunca poderá exceder 1 (um) ano nas hipóteses do inciso V e 6 (seis) meses naquela prevista no inciso II. § 5º O juiz determinará o prosseguimento do processo assim que esgotados os prazos previstos no § 4º. § 6º No caso do inciso IX, o período de suspensão será de 30 (trinta) dias, contado a partir da data do parto ou da concessão da adoção, mediante apresentação de certidão de nascimento ou documento similar que comprove a realização do parto, ou de termo judicial que tenha concedido a adoção, desde que haja notificação ao cliente. § 7º No caso do inciso X, o período de suspensão será de 8 (oito) dias, contado a partir da data do parto ou da concessão da adoção, mediante apresentação de certidão de nascimento ou documento similar que comprove a realização do parto, ou de termo judicial que tenha concedido a adoção, desde que haja notificação ao cliente.

Com isso o legislador reforça a autocomposição: “enquanto estiver tramitando o procedimento da mediação, há perspectiva da solução consensual – e ela deve ser privilegiada”⁷⁵⁸.

A suspensão do processo judicial ou da arbitragem não impede, nos termos do parágrafo único do art. 23 da Lei de Mediação, a adoção de “medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito”. Essa é uma das facetas da garantia constitucional de acesso à jurisdição anteriormente discutida⁷⁵⁹.

A suspensão do processo judicial para a busca de solução através da mediação é uma medida permitida e estimulada pelo ordenamento jurídico pátrio, seja durante o curso do processo ou antes de sua instauração em decorrência de existência de cláusula firmada previamente pelas partes.

As partes não podem, no exercício legítimo de direito, ser prejudicadas no decorrer desse período quanto a suas posições jurídico-materiais⁷⁶⁰. A Lei de Mediação, para prevenir a situação, determina no art. 17⁷⁶¹ a suspensão do prazo prescricional enquanto transcorrer o procedimento de mediação.

Essa previsão legal visa garantir que “o envolvimento efetivo com a solução consensual não resultará na perda do direito de ação por força de eventual prescrição”⁷⁶². Além disso, esse dispositivo desestimula o ajuizamento de ação judicial com a finalidade de se evitar a prescrição. “Sem dúvida, um relevante avanço, pois em muitas situações, exatamente em razão do prazo prescricional, instaurava-se a ação, provocando-se, em razão do quanto nela contido, a inflamação do conflito, extremamente nociva à composição”⁷⁶³.

Nesse sentido são também as legislações francesa⁷⁶⁴ e austríaca⁷⁶⁵ que preveem a suspensão da prescrição durante as negociações⁷⁶⁶.

⁷⁵⁸ TALAMINI, Eduardo. *In*: (org.) CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 97.

⁷⁵⁹ Art. 5º, XXXV, Constituição Federal. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁷⁶⁰ TALAMINI, Eduardo. *In*: (org.) CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 99.

⁷⁶¹ Art. 17, Lei de Mediação. Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.

⁷⁶² TARTUCE, Fernanda. *In*: (org.) CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p.104.

⁷⁶³ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 109.

⁷⁶⁴ Art. 2.238 do Código Civil Francês (alterado pela Lei n. 2010-1609 de 22 de dezembro de 2010 – art. 37): “A prescrição é suspensa a partir do dia em que, após a ocorrência de um litígio, as partes concordam em recorrer à mediação ou conciliação, ou, na falta de um acordo escrito, a contar da data da primeira reunião de mediação ou conciliação. A prescrição é igualmente suspensa a partir da avença de uma convenção de procedimento participativo. O prazo de prescrição recomeça a correr por um período que não pode ser inferior a seis meses a partir da data em que uma ou ambas as partes ou o mediador ou conciliador declararem que a mediação ou conciliação está terminada. Em caso de convenção de procedimento participativo, o prazo de prescrição recomeça a correr a partir do término da convenção, por um período que não pode ser inferior a seis

Por tudo que se explanou até o momento, conclui-se que a cláusula de mediação não é um óbice ao acesso à justiça ou à jurisdição. Procurar a solução consensual para as controvérsias é uma atitude em consonância com a busca da pacificação social e a ideia de justiça.

A legislação brasileira busca conciliar a opção pela autocomposição com a preservação do direito de ação, ao estabelecer que o “envolvimento efetivo com a solução consensual não resultará na perda do direito de ação por força de eventual prescrição”⁷⁶⁷.

“A convenção de mediação prévia possui efeito vinculativo positivo, dirigido às partes que devem levar a controvérsia à mediação honrando o previamente pactuado, e negativo, dirigido ao estado, incluindo a esfera arbitral. Impedindo o árbitro de instaurar arbitragem, quando da existência de uma cláusula de mediação prévia à arbitragem”⁷⁶⁸.

Outro ponto a ser analisado quanto ao efeito vinculante da cláusula é sua contraposição em relação ao princípio da voluntariedade⁷⁶⁹, uma das facetas da autonomia privada no procedimento de mediação. Para Francisco José Cahali, a autonomia privada está presente durante todo o processo de mediação:

“O processo de mediação tem caráter voluntário na sua mais completa dimensão: parte da opção dos mediados a se submeterem a este método, passa pela escolha comum do(s) mediador(es), pela decisão sobre os assuntos a serem abordados, pela administração do procedimento, conferindo-lhe maior ou menor intensidade, e se encerra no momento desejado pelos mediados. Os interessados são, pois, senhores da sorte (do destino) da mediação, e assim, passam a ser gestores de seu próprio futuro”⁷⁷⁰.

meses”. Tradução de Fernanda Rocha Lourenço Levy. LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 296.

⁷⁶⁵ O art. 22(1) da Lei de Mediação Austríaca estabelece: “*Der Beginn und die gehörige Fortsetzung einer Mediation durch einen eingetragenen Mediator hemmen Anfang und Fortlauf der Verjährung sowie sonstiger Fristen zur Geltendmachung der von der Mediation betroffenen Rechte und Ansprüche*” O início e a continuação da mediação, feita por um mediador registrado, devem suspender a prescrição e outros prazos relativos a direitos e ações afetados pela mediação [Tradução Google Tradutor. Disponível em: <https://mediatoren.justiz.gv.at/mediatoren/mediatorenliste.nsf/contentByKey/VSTR-7DYH3T-DE-p>. Acesso em: 03 out. 2019].

⁷⁶⁶ Nesse sentido também é a Directiva da União Europeia. Segundo o documento, os Estados-membros devem assegurar que as partes que optarem pela mediação numa tentativa de resolver um litígio não fiquem impedidas de, posteriormente, instaurar um processo judicial ou iniciar um processo arbitral relativo ao mesmo litígio, por expiração dos prazos de prescrição ou de decadência da pretensão material durante o processo de mediação. STÖBER, Michael. Os meios alternativos de solução de conflitos no direito alemão e europeu: desenvolvimento e reformas. **Revista de Processo**. v. 244, pp. 361-380, jun. 2015 DTR\2015\9720. São Paulo: RT, 2015 [versão eletrônica], p. 7; SALEHIJAN, Maryam. Mediation clause decoded: a systematic content analysis. **McGill Journal of Dispute Resolution** v. 5 (2018-2019), n. 6, pp. 119-167. Disponível em: <https://biblio.ugent.be/publication/8620742/file/8620743>. Acesso em: 12 set. 2019, p. 146.

⁷⁶⁷ TARTUCE, Fernanda. In: (org.) CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 104.

⁷⁶⁸ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 296.

⁷⁶⁹ Segundo o Manual de Mediação Judicial, voluntariedade significa que as “partes permanecem no processo mediativo se assim desejarem”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. Conselho Nacional de Justiça. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016, p. 23.

⁷⁷⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação**. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 91.

Conforme estabelece o princípio da voluntariedade constante do § 2º do art. 2º da Lei de Mediação: “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”.

O princípio da voluntariedade é da natureza da mediação⁷⁷¹, pois, às partes só faz sentido permanecer no processo de mediação “enquanto acreditam que a mediação ainda é melhor que as alternativas fora da mesa de negociação”⁷⁷².

A voluntariedade de participação no processo de mediação é um princípio essencial. Sua inobservância vai de encontro ao que almeja a mediação, ou seja, a identificação e a busca da solução consensual da controvérsia. “Não há como exigir a participação de um processo de solução de controvérsias autocompositivo se uma das partes não tem interesse na sua realização”⁷⁷³.

Entretanto, a Lei de Mediação, no § 1º do art. 2º, estabelece: “na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação”.

Deve-se distinguir a “obrigação de participar numa primeira assentada diante do mediador – opção escolhida voluntariamente e sacramentada em contrato vinculante – e a obrigação de mediar propriamente, i.e. se engajar em negociação de boa-fé”⁷⁷⁴.

É o que observa Fernanda Rocha Lourenço Levy:

“a cláusula de mediação prevê assim, formalmente, uma obrigação de resultado, ou seja, participar de uma reunião de mediação, ao passo que seu procedimento constitui uma obrigação de meio, tendo em vista que ninguém pode ser obrigado a permanecer em mediação, muito menos a acordar”⁷⁷⁵.

Luis Fernando Guerreiro também corrobora esse entendimento e afirma que existem duas obrigações distintas em cláusulas que estabelecem métodos autocompositivos de solução de controvérsias: uma obrigação finalística quanto à realização do método autocompositivo de solução de controvérsias e uma obrigação de meio quanto a seu resultado⁷⁷⁶. E prossegue com base nas ideias de Xavier Lagarde:

“A primeira delas é de resultado, na medida em que as partes devem realizar o método de solução de controvérsias, isto é, utilizar todos os esforços para que eles se

⁷⁷¹ ESPLUGUES, Carlos. Access to justice or access to states courts' justice in Europe? The directive 2008/52/EC on civil and commercial mediation. **Revista de Processo**. v. 221, pp. 303-332, jul. DTR\2013\3818. São Paulo: RT, 2013 [versão eletrônica].

⁷⁷² ASSMAR, Gabriela. Artigo 21. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.) **Lei de mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 133.

⁷⁷³ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 108.

⁷⁷⁴ ASSMAR, Gabriela. Artigo 21. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.) **Lei de mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 133.

⁷⁷⁵ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 254.

⁷⁷⁶ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 109.

realizem. Na sequência, há uma obrigação de meio, isto é, as partes devem utilizar todos os esforços para um acordo, mas não precisam necessariamente realizá-lo”⁷⁷⁷.

Na Austrália, o caso *Hooper Bailie Associate Ltd vs. Natcom Group* é emblemático. As partes tinham uma cláusula arbitral, mas o ponto de partida do contrato de mediação foi a troca de correspondência entre elas delimitando as controvérsias que seriam resolvidas por mediação, os parâmetros e a finalidade da própria conciliação. As partes chegaram a se reunir com um mediador. Algumas das controvérsias foram solucionadas por conciliação, o que adiou a possibilidade de as partes obterem informações adicionais relativas a outras controvérsias pendentes. Uma das partes, Natcom, foi diretamente para arbitragem sem voltar à conciliação. A outra, Hooper Bailie, decidiu não participar da arbitragem alegando que havia um contrato vinculante para mediar e que a arbitragem não podia prosseguir enquanto a mediação não estivesse concluída. Assim decidiu a Suprema Corte de New South Wales (a mais alta jurisdição australiana em matéria civil), determinando o cumprimento do contrato para mediar⁷⁷⁸.

*“Accordingly the court took view that an agreement to conciliate or mediate was not the same as an agreement to agree; nor was it to be likened to an agreement to negotiate, or to negotiate in good faith. Rather, it was an agreement to participate in a process known as conciliation or mediation which was capable of sufficient certainty for legal recognition”*⁷⁷⁹.

A obrigatoriedade, conforme observado, refere-se à participação em uma primeira sessão informativa sobre a mediação⁷⁸⁰. Justifica-se pela necessidade de ultrapassar a barreira da resistência e do desconhecimento do instituto⁷⁸¹. Encerrada a sessão, as partes optam por prosseguir ou não no processo de mediação.

Gabriela Assmar compartilha do entendimento de que a obrigatoriedade ao comparecimento à primeira reunião é benéfica:

“A obrigação de comparecer a um primeiro encontro é o que, muitas vezes, faz com que as partes e seus advogados parem e pensem seriamente nas possibilidades de acordo. Ao se prepararem para as alternativas negociais traçam rumos de raciocínio

⁷⁷⁷ GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 109.

⁷⁷⁸ ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation: legal perspectives**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, pp. 181-183.

⁷⁷⁹ Consequentemente, o tribunal considerou que um contrato para conciliar ou mediar não era o mesmo que um contrato preliminar; nem deveria ser comparado a um acordo para negociar ou negociar de boa-fé. Pelo contrário, foi um acordo para participar num processo conhecido como conciliação ou mediação, capaz de garantir certeza suficiente para seu reconhecimento legal [tradução nossa]. ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation: legal perspectives**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 184.

⁷⁸⁰ Nesse sentido também: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Artigo 3º. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.). **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 27.

⁷⁸¹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

muitas vezes opostos aos argumentos que construiriam diante de um decisor externo (juiz ou árbitro)”⁷⁸².

Assim, conclui-se que a obrigação decorrente da vinculação contratual da cláusula de mediação é de participar do procedimento, no caso do ordenamento jurídico pátrio, de uma primeira reunião, na qual serão esclarecidos a finalidade da mediação e o procedimento a ser adotado. Caso a parte não aceite o procedimento, não será obrigada a dar continuidade⁷⁸³.

As partes que pactuaram uma cláusula de mediação devem atentar-se à responsabilidade de sua decisão e ao vínculo jurídico oriundo de tal atitude. O legislador, atento a essa responsabilidade, valorizou a cláusula de mediação⁷⁸⁴ ao criar sanção pela falta de comparecimento à primeira reunião de mediação.

O art. 22 da Lei de Mediação determina que a cláusula de mediação deverá conter a penalidade à parte convidada que faltar à primeira reunião⁷⁸⁵. Se a cláusula for omissa nesse sentido, o § 2º do mesmo artigo⁷⁸⁶ já prescreve que a parte faltosa, se vencedora, arcará com cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais.

A criação de penalidades financeiras relacionadas às custas processuais para a parte que descumprir a fase de mediação cria a mediação induzida. Segundo a autora portuguesa Paula Costa e Silva, é induzida pois “há manipulação da obrigação de pagamento das custas quando as partes não recorreram previamente a instâncias de resolução extrajudicial de conflitos”⁷⁸⁷.

Assim como o Brasil, Portugal e Inglaterra também adotaram a opção legislativa da mediação induzida, pela qual há previsão de penalidade financeira das partes que não acolhem a autocomposição⁷⁸⁸.

⁷⁸² ASSMAR, Gabriela. Artigo 21. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier, CURY, Cesar Felipe (org.) **Lei de mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 133.

⁷⁸³ Há entendimento minoritário em sentido contrário, ou seja, da não vinculação da cláusula de mediação: “Denota-se assim, que a reunião de mediação extrajudicial não é obrigatória, é uma faculdade.” ESCOBAR, Ariane de Paula; CARVALHO, Maria Angélica Souza Louzada. A voluntariedade da mediação como opção legislativa no direito brasileiro. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.) **Soluções alternativas de controvérsias empresariais**: princípios, mecanismos, sistemas e metodologias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 33.

⁷⁸⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 107.

⁷⁸⁵ Art. 22, Lei de Mediação. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo: IV – penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.

⁷⁸⁶ Art. 22, § 2º, Lei de Mediação. Não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação: IV – o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

⁷⁸⁷ SILVA, Paula Costa e. **A nova face da justiça**: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Relatório sobre conteúdo, programa e método. Lisboa: Coimbra, 2009 *apud* LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 263.

⁷⁸⁸ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 263.

O caso inglês *Dunnett vs. Railtrack*⁷⁸⁹ tornou-se um marco na imposição de penalidades relativas às custas processuais na hipótese de recusa injustificada em participar de mediação. Trata-se de uma disputa entre a requerente, Susan Dunnett, que possuía um campo ao lado de uma linha férrea, onde ela mantinha cavalos, e Railtrack. Havia um portão de acesso à linha do trem que se fechava automaticamente. Railtrack o substituiu por um portão que não fechava automaticamente. Como resultado, o portão foi deixado aberto, três animais escaparam, foram atropelados e mortos na linha do trem.

A Sra. Dunnett não teve sua pretensão acolhida mas, antes de apelar, o juízo aconselhou que as partes tentassem uma solução alternativa para solucionar a controvérsia. Ocorre que a requerida, Railtrack, não aceitou a proposta de mediação. A empresa ganhou também em segunda instância, mas ao pleitear o reembolso das custas, não teve sua pretensão acolhida por ter se recusado a participar da mediação.

No Brasil, a figura do acesso à justiça ainda não está consolidada, tendo em vista que parte da população não consegue acessar os mecanismos para proteger seus direitos pelos mais diversos motivos: “miséria, ausência de condições básicas de educação, saúde e saneamento, e mesmo pela falta de informações adequadas”⁷⁹⁰.

“Isso justifica a ideia de uma audiência com comparecimento obrigatório das partes que sejam esclarecidas acerca das ferramentas utilizáveis para tentar a composição de seu conflito. Nesse passo, são plenamente justificáveis o cabimento da sanção para a parte que falta sem justificativa à audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, §8º), a previsão da audiência de mediação ou conciliação como etapa necessária das ações de família (art. 695 do CPC/2015), a designação de audiência de mediação no litígio coletivo pela posse de imóvel (art. 565), e mesmo as disposições previstas nos arts. 2º, § 2º (ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação) e 23 (pacto de mediação) da Lei 13.140/2015”⁷⁹¹.

O comparecimento à primeira sessão de mediação pode ser educativo, na medida em que as partes tomam conhecimento do método. Assim, é possível criar uma cultura de solução de controvérsias menos combativa.

A doutrina estrangeira⁷⁹² utiliza um provérbio inglês que afirma “*you can lead a horse to water, but you cannot make it drink*”⁷⁹³. Atualmente esse provérbio ganhou uma

⁷⁸⁹ REINO UNIDO. **England and Wales Court of Appeal** (civil division) decisions. *Dunnett vs. Railtrack* [2002] EWCA Civ 302. Cópia do julgamento. Disponível em: https://www.cedr.com/library/edr_law/Dunnett_v_Railtrack.pdf. Acesso em: 9 jul. 2019.

⁷⁹⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Artigo 3º. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.). **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 28.

⁷⁹¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Artigo 3º. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.). **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 28.

⁷⁹² HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (edits) **Mediation: principles and regulation in comparative perspective**. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle], p. 24.

extensão “*But if you lead it to water, there is a greater chance that it will drink*”⁷⁹⁴. O provérbio com sua extensão moderna ilustra bem a situação.

Os participantes da mediação precisam experimentar o processo como algo diferente das outras formas de solução de conflito, e tê-lo como algo mais valioso e enriquecedor do que as outras opções⁷⁹⁵.

Remo Caponi⁷⁹⁶ afirma: “*the promotion of mediation should always be accompanied by efforts to improve the efficiency of the public justice system and not by attempts at limiting access to courts*”⁷⁹⁷. E complementa: “*promoting mediation, through proper education of the public and the legal profession, can play a major role in supplementing courts*”⁷⁹⁸.

A valorização da mediação trará maior confiança aos interessados, que passarão a utilizar essa forma de solução de conflitos, seja prevendo sua utilização com cláusulas de mediação, seja celebrando compromissos de mediação quando do surgimento da controvérsia.

Isso difundirá também a utilização de cláusulas de mediação em contratos firmados pelo público em geral.

⁷⁹³ Pode-se conduzir um cavalo até a água, mas não se pode forçá-lo a beber [tradução nossa].

⁷⁹⁴ Mas se você levá-lo à água, há uma chance de que ele beba [tradução nossa].

⁷⁹⁵ FOLGER, Joseph P.; BRAGA NETO, Adolfo; BARROS, Julia. Mediação transformativa: preservando o valor único da mediação em contexto de disputa. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 51, p. 439-459, out.-dez. 2016, DTR\2016\24742. São Paulo: RT, 2016 [versão eletrônica], p.11.

⁷⁹⁶ CAPONI, Remo. Just settlement or just about settlement? Mediated agreements: a comparative view of the basics. **Revista de Processo Comparado**. v. 9, p. 17-44, jan.-jun. 2019 DTR\2019\35307, São Paulo: RT, 2019 [versão eletrônica], p. 6.

⁷⁹⁷ A promoção da mediação deve sempre ser acompanhada de esforços para melhorar a eficiência do Poder Judiciário e não de tentativas de limitar o acesso ao juízo.

⁷⁹⁸ Promover a mediação, através da educação adequada do público e dos operadores do direito, pode desempenhar um papel importante na complementação do Poder Judiciário.

8 CONCLUSÕES

O acesso à Justiça atualmente é entendido como o acesso à ordem justa. Isso engloba, além do acesso ao Poder Judiciário, a possibilidade de diversas formas de resolução de conflitos. Os meios de resolução de conflitos podem ser heterocompositivos (também denominados adjudicatórios) ou autocompositivos.

A mediação é um meio de resolução de conflitos autocompositivo, caracterizado pela submissão das partes de uma controvérsia a um terceiro imparcial, por elas escolhido, para auxiliá-las a desenvolver soluções para seu conflito. Esse ponto foi demonstrado no capítulo inicial dessa pesquisa, quando são apresentados os meios autocompositivos de solução de controvérsias e as distinções quanto aos métodos e as formas de utilização de cada um deles.

A mudança no olhar da gestão jurídica dos conflitos permite buscar meios para a solução dos conflitos que vão além do Poder Judiciário, possibilitando assim um real acesso à ordem jurídica justa. Há uma valorização dos meios privados de solução de conflitos *pari passu* com a tutela jurisdicional do Estado, ampliando as opções para a escolha do método adequado para a solução de cada conflito.

A Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) trouxe um novo paradigma para a mediação no Brasil. A partir de sua entrada em vigor, a cláusula de mediação ganhou um novo enfoque. A lei criou ferramentas que permitem a efetiva aplicação da cláusula de mediação. Com isso, provê maior segurança jurídica ao tráfico negocial, garantindo, àqueles que desejam submeter uma controvérsia a um processo de mediação, que a jurisdição adjudicatória será afastada.

Esse trabalho caracterizou a cláusula de mediação como uma convenção amigável de controvérsia, através da qual as partes afastam, ainda que temporariamente, a jurisdição estatal ou arbitral. Através da cláusula de mediação, as partes elegem um terceiro imparcial, que irá auxiliá-las na condução da resolução do conflito.

Foram apresentadas, além da cláusula de mediação, a cláusula cortesia, a cláusula escalonada e o compromisso de mediação com a finalidade de se verificar as diferenças entre eles e as implicações quanto aos seus efeitos.

A cláusula de mediação comumente é analisada a partir de seus efeitos. Isto se dá quando da ocorrência de um conflito, ou seja, quando ela se torna eficaz. Assim, a doutrina é abundante quanto ao processo de mediação. Entretanto, são raras as obras que tratam da estrutura da cláusula de mediação.

A cláusula de mediação, como foi demonstrado, é um negócio jurídico de direito material, sujeito às normas de direito substantivo que regulam os negócios jurídicos em geral e os contratos.

A partir da afirmação acima, o presente trabalho analisou a estrutura da cláusula de mediação com base na teoria tricotômica, isto é, quanto à sua existência, validade e eficácia. Foi adotada, como ponto de partida, a teoria proposta por Antônio Junqueira de Azevedo, e respeitada no estudo a sua classificação quanto a elementos, requisitos e fatores de eficácia.

Inicialmente foram colocados os aspectos que permitiram identificar a cláusula de mediação como um negócio jurídico de direito material que somente quando de sua eficácia vem a produzir efeitos processuais.

Foi enfrentada a questão de ser a cláusula de mediação um negócio jurídico perfeito e acabado, que não exige outro negócio jurídico (definitivo) para alcançar seus efeitos. A partir dessa constatação, conclui-se que a cláusula de mediação é um negócio jurídico autônomo em relação ao contrato subjacente e que deve ser analisado de maneira independente.

Na sequência, a cláusula de mediação foi analisada nos três planos do mundo jurídico. No plano da existência, foram verificados os elementos que permitem à cláusula existir. No plano da validade, os requisitos que a tornam perfeita em relação ao sistema jurídico, para que este a considere válida. E, por fim, no plano da eficácia, foram analisados os fatores de eficácia, fatos externos à declaração e que permitem seus efeitos operarem plenamente.

No plano da existência, foram identificados os elementos gerais do negócio jurídico (a forma, o objeto e as circunstâncias negociais de tempo, lugar e agente); elementos categoriais (natureza jurídica) e particulares (condição, termo, encargo e cláusula penal).

Em relação à forma, foi observado que a cláusula de mediação admite além da forma expressa, a manifestação através de um comportamento concludente do agente, isto é, uma manifestação tácita.

Quanto ao objeto, foi verificado o que pode ser considerado conteúdo de uma cláusula de mediação. A partir dele, é possível identificar se se encontram todos os elementos que caracterizam o tipo de negócio pretendido pelas partes, nesse caso, a renúncia a um processo adjudicatório.

As condições negociais são o reconhecimento pela sociedade de que uma determinada declaração é qualificada como tal; no presente trabalho, tida como uma cláusula de mediação e não como uma cláusula de cortesia, por exemplo.

O tempo é importante para determinar quando foi celebrada a cláusula, tendo em vista que esse item pode caracterizar outro tipo jurídico. O lugar é importante para identificação posterior da legislação aplicável, haja vista que cada ordenamento tem suas regras para tratar determinado negócio jurídico.

O agente caracteriza-se por ser aquele que emitiu a declaração. No caso da cláusula de mediação, são as partes do contrato subjacente, num primeiro momento. Mas como se verificou na pesquisa, há a possibilidade de vinculação de partes não signatárias da cláusula em casos de sócios e acionistas de sociedades e de empresas de grupos societários.

O elemento categorial (natureza jurídica) da cláusula de mediação é caracterizado pela renúncia das partes na submissão de sua controvérsia a uma adjudicação (arbitral ou judicial).

No plano da existência, trouxemos os conceitos de termo, encargo, condição e cláusula penal. Estes últimos são elementos da cláusula de mediação em decorrência de sua natureza e de lei.

Estando todos os elementos presentes em uma declaração negocial, no caso, a cláusula de mediação, passa-se à análise desta no plano da validade. Aqui são analisados se os elementos estão em conformidade com as regras jurídicas. Neste plano foram observados, primeiramente, os requisitos legais para que a cláusula seja considerada feita a partir da vontade das partes, de forma livre, consciente e sem a intenção de prejudicar terceiros.

Foi avaliado o objeto da cláusula, quanto à licitude, possibilidade e determinação. Conclui-se que este pode ser uma eventual controvérsia que discuta direito disponível transacionável e que esteja inserida no contexto de um contrato ou relação jurídica determinada. Analisamos, assim, o papel da causa (função econômico-social) e sua aplicação na identificação da operação econômica que permite que um contrato coligado a outro negócio tenha uma controvérsia gerada em tal contexto levada à mediação prevista em outro contrato.

A legislação brasileira não determina forma específica para a celebração da cláusula de mediação. Entretanto, é recomendável que seja feita na forma escrita para evitar eventual discussão relativamente aos efeitos vinculativos da cláusula de mediação.

As partes também precisam de qualidades específicas para que o negócio seja considerado válido. Como a lei não faz qualquer exigência especial, aplica-se a regra geral para negócios jurídicos, isto é, as partes devem ser capazes e legitimadas.

O tempo deverá ser o tempo útil: estabelecido antes da controvérsia, pois se for posterior não se trata de cláusula, mas de compromisso e, por consequência, os efeitos serão diferentes. A legislação também não estabelece qualquer requisito para a determinação do lugar da celebração, bastando ser, assim, o local apropriado. Entretanto, a análise do local de celebração é importante para averiguação das normas que irão governar referida cláusula e, consequentemente, permitir sua validade e eficácia.

Com a confirmação da regularidade da cláusula de mediação, através da averiguação da presença dos requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico, passa-se à análise no plano da eficácia. Neste plano, são avaliados os fatores externos à declaração que sobre ela incidem para concretizar seus efeitos.

Especificamente sobre a cláusula de mediação atuam os fatores de atribuição de eficácia em geral, isto é, antes do advento do fator em questão, o negócio jurídico praticamente não produz efeitos. Aqui opera a condição suspensiva da cláusula da mediação, ou seja, a deflagração da controvérsia. Antes da ocorrência do conflito as partes possuem apenas um direito expectativo e podem praticar os atos destinados a conservá-lo, nos termos do art. 130 do Código Civil.

Sendo a cláusula de mediação existente, válida e eficaz, estará apta a concretizar os efeitos normalmente esperados para esse tipo de negócio. Um dos primeiros efeitos da cláusula de mediação, na qualidade de negócio jurídico, é a vinculação das partes, possibilitando sua condução à mediação. Contudo, com a recusa de qualquer das partes em participar do processo de mediação, são deflagradas as consequências jurídicas tanto do ponto de vista do direito material quando do direito processual.

O primeiro efeito decorre do comprometimento das partes em cumprir o avençado. Assim, elas devem proceder ao início do processo de mediação comparecendo à primeira reunião de mediação. A parte que não se apresentar será considerada inadimplente e deverá arcar com as penalidades previstas pelas partes (cláusula penal) ou na falta de sua previsão, na punição prevista na Lei de Mediação.

Não há de se confundir a obrigatoriedade de comparecer à reunião inaugural com a obrigação de permanecer no processo de mediação. A mediação é um meio para tentar resolver a controvérsia e a legislação não obriga as partes a permanecerem na mediação se assim não desejarem.

Analisou-se também o efeito processual da cláusula de mediação, ou seja, a impossibilidade de qualquer das partes ingressar com uma demanda judicial ou arbitral sem observar o processo de mediação.

Primeiramente, foi averiguado que a obrigatoriedade da submissão à mediação previamente acordada não fere o princípio de livre acesso ao Poder Judiciário. O estabelecimento de uma cláusula de resolução de conflitos por meios alternativos retrata o acesso à justiça, considerada como acesso à ordem justa. Ademais, a submissão pelo lesado de um conflito ao juízo é uma faculdade, não uma obrigação. A cláusula de mediação propicia às partes recorrerem ao meio para solucionar seus conflitos da maneira que considerarem mais adequado, respeitados os limites do ordenamento.

Além disso, as partes não são privadas de levar as demandas ao Judiciário, tendo em vista que a Lei de Mediação garante que o juiz ou o árbitro podem tomar medidas de urgência para conservar eventuais direitos ameaçados.

Foram analisados também os tratamentos desses efeitos processuais em diversos sistemas jurídicos. Conclui-se, ainda, que a mediação pode coexistir com o processo judicial ou arbitral; o processo adjudicatório ficará suspenso enquanto não for encerrado o procedimento de mediação.

Diante de tudo o que foi exposto, é possível apontar que a cláusula de mediação tem um efeito vinculativo positivo, de origem material, orientado às partes que devem iniciar o processo de mediação. Ela possui também um efeito negativo, de cunho processual, que impede o juízo estatal ou arbitral de analisar a controvérsia momentaneamente, até que a mediação seja finalizada.

O presente trabalho analisou a cláusula de mediação, no âmbito das relações negociais empresariais e abre portas para outros estudos relativos à cláusula de mediação ao oferecer um norte aos futuros estudiosos da matéria.

Há ainda um vasto campo para sua aplicação, como no âmbito da Administração Pública, cujas regras estão delineadas na Lei de Mediação, ou em relação a contratos de adesão, cada vez mais usuais nas relações atuais, em especial, no direito do consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU FILHO, José de. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva 1997.

ALEXANDER, Nadja. **International and comparative mediation: legal perspectives**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

ALVES, Rafael Francisco. Corte Internacional de Arbitragem da CCI. Sentença parcial n. 4.131, de 23 de setembro de 1982. Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain. **Revista Brasileira de Arbitragem**. v. 20, pp. 197-206. São Paulo: RT, out-dez. 2008.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. Código de conduta para mediadores. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 10, pp. 327-333, jul.-set. DTR\2012\40, 2006 [versão eletrônica].

ANDREWS, Neil. Judicial Enforcement of Mediation Agreements. **Revista dos Tribunais**. v. 924, pp. 369-390, out. DTR\2012\450876. São Paulo: RT, 2012 [versão eletrônica].

ANDREWS, Neil. Mediação e arbitragem na Inglaterra. Tradução de Bruno Bodart *et al.* **Revista de Processo**. v. 211, pp. 281- 316, set. DTR\2012\450584. São Paulo: RT, 2012 [versão eletrônica].

ANDREWS, Neil. Money and other fundamentals english perspectives on court proceedings, mediation and arbitration. **Revista de Processo**. v. 224, pp. 449-483, out. DTR\2013\9324. São Paulo: RT, 2013 [versão eletrônica].

APRIGLIANO, Ricardo. Painel 1 – convenção de arbitragem: negócio jurídico processual ou material? *In*: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; ABDALLA, Letícia; LESSA NETO, João Luiz (org.) **Negócios jurídicos processuais na arbitragem**. São Paulo: Ciesp, 2017.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral – ações e fatos jurídicos**. v. 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASSMAR, Gabriela. Artigo 21. *In*: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.) **Lei de mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover**. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

ÁVILA, Eliedite Mattos. Mediação judicial e extrajudicial: aspectos sociais e jurídicos. **Revista dos Tribunais**. v. 916, pp.189-204. DTR\2012\76. São Paulo: RT, 2012 [versão eletrônica].

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial** (noções gerais e formação da declaração negocial). São Paulo: [s.n], 1986.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Ciro Rangel. **Vinculação da parte não signatária à cláusula compromissória**: o caso dos grupos societários à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20700/2/Ciro%20Rangel%20Azevedo.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atual. até a EC 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Cláusula compromissória e compromisso. *In: Doutrinas essenciais obrigações e contratos*. v. 6, pp. 977-988, jun. DTR\2012\1239, 2011.

BARROS, Maria Gabriella Dignani Schmidt. A cláusula compromissória como negócio jurídico. **Revista de Direito Privado**. v.99, pp.265-281. São Paulo: RT, maio-jun. 2019. DTR\2019\27419, 2019 [versão eletrônica].

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado** v. 57, jan.-mar. 2014[versão eletrônica].

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v.1. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969.

BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory G; WILLIAMS, Joseph M. **A arte da pesquisa**. Tradução de Henrique A. Rego Monteiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. Conselho Nacional de Justiça. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 17 jul. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 07 nov. 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 07 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **SEC 1.210/GB 2006/0185918-6**, j. 20.06.2007, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 06-08-2007. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista das jornadas do CJF**: direito civil, direito comercial, direito processual civil, prevenção e solução extrajudicial de litígios. Superior Tribunal de Justiça [Gabinete do Ministro Diretor da Revista] Conselho da Justiça Federal. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-jornadas-cjf-2018_1.pdf. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SEC: 856 GB** 2005/0031430-2, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, jul. 18.05.2005, CE – Corte Especial, Public DJ 27-06-2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SEC: 6753 UK**, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 13-06-2002, Tribunal Pleno, Public. 04-10-2002 PP-00096 EMENT VOL-02085-02 PP-00317. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br>. Acesso em: 08 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AgIn 1694527-18.2009.8.13.0035, 10ª Câmara. Civ., j. 13.04.2010; Ap. 0710759-92.2008.8.13.0024, 13ª Câmara. Civ., j. 09-07-2009.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação. Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual de acordo com a Lei n. 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CIESP/FIESP. **Cláusula escalonada**. Disponível em: <http://www.camaradearbitragemsp.com.br>. Acesso em: 9 jul. 2019.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM ESPECIALIZADA – CAMES. **Cláusulas de mediação**. Disponível em: <https://www.camesbrasil.com.br>. Acesso em: 9 jul. 2019.

CAPONI, Remo. Just settlement or just about settlement? Mediated agreements: a comparative view of the basics. **Revista de Processo Comparado**. v. 9, pp. 17-44, jan.-jun. 2019. DTR\2019\35307, São Paulo: RT, 2019 [versão eletrônica].

CARMONA, Carlos Alberto. Painel 1: Convenção de arbitragem – negócio jurídico processual ou material? *In*: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; ABDALLA, Letícia; LESSA NETO, João Luiz (org.). **Negócios jurídicos processuais na arbitragem**. São Paulo: Ciesp, 2017.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. v. 2. – arts. 75-137. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. **Modelos de cláusulas**. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/modelos-de-clausula/>. Acesso em: 9 jul. 2019.

CONFEDERAÇÃO SUÍÇA. *Schweizerische Zivilprozessordnung* [Código de Processo Civil Suíço]. Disponível em: <https://www.gesetze.ch/inh/inhsub272.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM – CONIMA. **Regulamento modelo de mediação**. Disponível em: http://www.conima.org.br/regula_modmed. Acesso em: 14 maio 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. Conciliação prévia não é obrigatória para ajuizar ação trabalhista, reafirma STF. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-01/conciliacao-previa-nao-obrigatoria-ajuizar-acao-trabalhista>. Acesso em: 12 jul. 2019.

COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução de René Loncan. Brasília: UNB, 2001.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português – parte geral**. 2. ed. v. 1. t. 1. Coimbra: Almedina, 2000.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A abrangência objetiva e subjetiva da mediação. **Revista de Processo**. v. 287, pp. 531-552, jan. 2019. DTR\2018\22824, São Paulo: RT, 2019 [versão eletrônica].

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 1º. *In*: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.). **Lei de mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 2º. *In*: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.). **Lei de mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

DECKERT, Katrin. Mediation in France: legal framework and practical experiences. *In*: HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (edits). **Mediation: principles and regulation in comparative perspective**. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle].

DEMARCHI, Juliana *apud* GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos E.U.A.:** condições, desafios e limites para institucionalização da mediação no Judiciário. (coord.). Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** teoria geral do direito civil. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. v. 7. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos.** v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

EPSTEIN, Judd. The use of comparative law in commercial international arbitration and commercial mediation. **Tulane Law Review** v. 75, pp. 913-927, 2001.

ESCOBAR, Ariane de Paula; CARVALHO, Maria Angélica Souza Louzada. A voluntariedade da mediação como opção legislativa no direito brasileiro. *In:* GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.) **Soluções alternativas de controvérsias empresariais:** princípios, mecanismos, sistemas e metodologias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ESPLUGUES, Carlos. Access to justice or access to states courts justice in Europe? The directive 2008/52/EC on civil and commercial mediation. **Revista de Processo.** v. 221, pp. 303-332, jul. DTR\2013\3818. São Paulo: RT, 2013 [versão eletrônica].

EUA. Uniform Mediation Act. **Last revised or amended in 2003.** [Lei Uniforme de Mediação – última revisão ou alteração em 2003]. Disponível em: <https://www.uniformlaws.org>. Acesso em: 16 set. 2019.

FALECK, Diego. Mediação empresarial. **Revista de Arbitragem e Mediação.** v. 42, pp. 263-278, jul.-set. 2014. DTR\2014\15088. São Paulo: RT, 2014 [versão eletrônica].

FERNANDES, Wanderley; OLIVEIRA, Jonathan Mendes. Contrato preliminar: segurança de contratar. *In:* FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais:** fundamentos e princípios dos contratos empresariais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa.** 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FISHER, Roger; URY, William. **Como chegar ao sim:** a negociação de acordos sem concessões. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

FOLGER, Joseph P.; BRAGA NETO, Adolfo; BARROS, Julia. Mediação transformativa: preservando o valor único da mediação em contexto de disputa. **Revista de Arbitragem e Mediação.** v. 51, pp. 439-459, out.-dez., 2016. DTR\2016\24742. São Paulo: RT, 2016 [versão eletrônica].

FONSECA, Rodrigo Garcia da. Os contratos conexos, as garantias e a arbitragem na indústria do petróleo e do gás natural. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 29, pp. 165-180, DTR\2011\1777, 2011, abr.-jun. 2011 [versão eletrônica].

FRANÇA. **Loi n. 95-125 de 8 fevriere 1995**. Lei sobre a organização judiciária e processos civis, criminais e administrativos. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/>. Acesso em: 03 out. 2019.

FRANÇA. **Code Civil**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em: 07 nov. 2019.

FRANCO, Ricardo Cesar; KOHARA, Paulo Keishi Ichimura. Entre a lei e a voluntariedade: o modelo institucional de resolução extrajudicial de conflitos em defensorias públicas. **Revista da Defensoria Pública**. Ano 5, v. 1, pp. 81-101, 2012 *apud* SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem, mediação e conciliação**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos internacionais comerciais: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

GARNER, Bryan A. *et al* (edit) **Black's law dictionary**. 7. ed. St. Paul (MN): West Group, 1999.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016 [Minha Biblioteca].

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha. **Dicionário jurídico Noronha inglês-português**. 3. ed. São Paulo: Observador Legal, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades**. Disponível em: <http://dirittoetutela.uniroma2.it>. Acesso em: 16 set. 2019.

GUERREIRO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix. Mediation: comparison of laws, regulatory, models, fundamental issues. *In*: HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (edits). **Mediation: principles and regulation in comparative perspective**. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle].

INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION. Disponível em: <https://www.icdr.org/clauses>. Acesso em: 9 jul. 2019.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **Mediation clauses**. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-clauses/>. Acesso em: 9 jul. 2019.

KAYALI, Didem. Enforceability of multi-tiered dispute resolution clauses. **Journal of International Arbitration**, v. 27, Issue 6, pp. 551-577. Kluwer Law International 2010 [versão eletrônica]. Disponível em: <http://www.gasi-arbitration.ch>. Acesso em: 25 out. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOVACH, Kimberlee. **Mediation in a nutshell**. St. Paul: Thomson West, 2014.

KULMS, Rainer. Mediation in USA: alternative dispute resolution between legislation and self-determination. *In*: HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (edits). **Mediation: principles and regulation in comparative perspective**. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle].

KUMPAN, Cristoph; BAUER-BULST, Cathrin. Mediation in Switzerland: a new approach in a conciliation-oriented tradition. *In*: HOPT, Klaus J., STEFFEK, Felix (edits). **Mediation: principles and regulation in comparative perspective**. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle].

LAGRASTA, Valeria Ferioli. Artigo 3º. *In*: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.). **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

LAINA, Roberto G. La. A cláusula compromissória e autonomia negocial. **Revista de Arbitragem e Mediação** v. 43, DTR\2014\21096, out.-dez. 2014 [versão eletrônica].

LEE, João Bosco. A especificidade da arbitragem comercial internacional. *In*: CASELLA, Paulo B. (coord.) **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. São Paulo: LTr., 1999.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Cláusula escalonada ou combinada** – mediação, conciliação e arbitragem. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br>. Acesso em: 17 maio 2019.

LESSA NETO, João Luiz. Painel 1: Convenção de arbitragem – negócio jurídico processual ou material? *In*: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; ABDALLA, Letícia; LESSA NETO, João Luiz (org.). **Negócios jurídicos processuais na arbitragem**. São Paulo: Ciesp, 2017.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. *In*: FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais**: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOSS, Juliana. Artigo 19. *In*: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.) **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. **O erro no negócio jurídico**: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011.

MAGNUS, Ulrich. Mediation in Australia: development and problems. *In*: HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (edits). **Mediation**: principles and regulation in comparative perspective. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle].

MARINO, Francisco Paulo Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99 *apud* SOUZA, Ananda Portes. Extensão de cláusula arbitral em contratos coligados celebrados entre as mesmas partes. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 52, DTR\2017\509, jan.-mar. 2017 [versão eletrônica].

MARQUES, Hildebrando da Costa. Artigo 20. *In*: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.). **Lei de mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia – 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Maria Chaves de. **Dicionário jurídico português-inglês**. Rio de Janeiro: Barrister's, 1984.

MENKE, Fabiano. Art. 104. *In*: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello [*et al.*]; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil**: direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A causa do contrato. *In*: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 14, pp. 159-178, São Paulo: RT, 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** – parte geral. v. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5. Direito das obrigações, contratos. Declarações unilaterais da vontade. Obrigações por atos ilícitos. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1997.

NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia. *In*: **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

NANNI, Giovanni Ettore. Contratos coligados. *In*: NANNI, Giovanni Ettore (coord.)

LOTUFO, Renan. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

NANNI, Giovanni Ettore. Os cuidados na elaboração da cláusula arbitral. *In*: **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho – relações individuais e coletivas do trabalho. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação: algumas considerações. *In*: **Revista do Advogado**. n. 87. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org>. Acesso em: 10 jul. 2019.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. v. 1. 31. ed. Atualizado por Maria Celina Moraes, 2018 [Minha Biblioteca].

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. v. 3. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações. v. 2. 30. ed. Atualizado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREZ, Adriana Hahn. A nova lei alemã de mediação. *In*: **Revista de Processo**. v. 243, pp. 555-581, São Paulo: RT, maio 2015 [versão eletrônica].

PETER, James T. MED-ARB in international arbitration. *In*: **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 4, pp. 155-197, jan.- mar. 2005. \DTR2005\4. São Paulo: RT, 2005 [versão eletrônica].

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. **Revista de Processo**. v. 254, pp. 17-44, DTR\2016\19686. São Paulo: RT, 2016 [versão eletrônica].

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Artigo 3º. *In*: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (org.). **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. *In: Doutrinas Essenciais – arbitragem e mediação*. v. 2, pp. 221-238, set. 2014. DTR\2005\780 São Paulo: RT, 2014 [versão eletrônica].

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova**. t. III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – bens e fatos jurídicos**. t. II. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – introdução. Pessoas físicas e jurídicas**. t. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – validade, nulidade e anulabilidade**. t. IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO. Biblioteca Nadir Gouveia Kfourri. **Manual para apresentação de trabalhos acadêmicos da PUC-SP**. CARDOZO, Marlene (org.). São Paulo: Biblioteca Nadir Gouveia Kfourri, 2019.

PRÜTTING, Hans. La diferencia entre juez conciliador, mediator y componedor de conflictos. **Revista de Processo**. v. 272, pp. 441-452, out. 2017. DTR\20177\5944. São Paulo: RT, 2017 [versão eletrônica].

RALPH, Jennifer M. Unconscionable mediation clause: Garret vs. Hooter-Toledo. *In: Harvard negotiation Law Review* v.10. Spring 2005, pp. 383-400. Disponível em: https://www.hnlr.org/wp-content/uploads/sites/22/2012/04/unconscionable_mediation_clauses_garrett_v_hooters-toledo.doc. Acesso em: 8 jul. 2019.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem privada internacional no Brasil depois da nova Lei 9.307 de 23.09.1996**: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

REINO UNIDO. **England and Wales Court of Appeal** (civil division) decisions. *Dunnett vs. Railtrack* [2002] EWCA Civ 302. Cópia do julgamento. Disponível em: https://www.cedr.com/library/edr_law/Dunnett_v_Railtrack.pdf. Acesso em: 9 jul. 2019.

REINO UNIDO. **England and Wales High Court** (commercial court) decisions. *Cable and Wireless Plc. vs. IBM United Kingdom Ltd* EWHC [2002] 2059 (Comm). Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2002/2059.html>. Acesso em: 29 out. 2019.

REINO UNIDO. **England and Wales High Court** (technology and construction court) decisions. *Holloway vs. Chancery Mead Ltd* [2007] EWHC 2495 (TCC). Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2007/2495.html>. Acesso em: 29 out. 2019.

REPÚBLICA DA ÁUSTRIA. **Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen** (Zivilrechts-Mediations-Gesetz – ZivMediatG). Lei federal sobre mediação em matéria civil. 6 jun. 2003. Lei de Mediação Civil. Disponível em: <https://mediatoren.justiz.gv.at/>. Acesso em: 03 out. 2019.

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**. Ausfertigungsdatum: 18.08.1896. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>. Acesso em: 03 out. 2019.

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. **Mediationsgesetz Ausfertigungsdatum:** 21.07.2012. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/mediationsg/BJNR157710012.html>. Acesso em: 03 out. 2019.

ROTH, Markus; GHERDANE, David. Mediation in Austria: The European Pioneer in Mediation Law and Practice. *In*: HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (edits) **Mediation: principles and regulation in comparative perspective**. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle].

SALEHIJAN, Maryam. Mediation clause decoded: a systematic content analysis. **McGill Journal of Dispute Resolution** v. 5 (2018-2019), n. 6, pp. 119-167. Disponível em: <https://biblio.ugent.be/publication/8620742/file/8620743>. Acesso em: 12 set. 2019.

SALEHIJAN, Maryam. **The enforceability of alternative dispute resolution agreements: an analysis of selected european union member states**. Disponível em: <https://biblio.ugent.be/publication/8525884/file/8620483>. Acesso em: 12 set. 2019.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2007.

SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky; AZEVEDO, Marcelo Cândido de; SERPA, Pedro Ricardo. Existência, validade e eficácia da convenção arbitral. **Revista de Direito Empresarial**. v. 3, pp. 321-351, DTR\2014\2689. São Paulo: RT, 2014 [versão eletrônica].

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem, mediação e conciliação**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCHERPE, Jens M.; MARTEN, Bevan. Mediation in England and wales: regulation and practice. *In*: HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (edits) **Mediation: principles and regulation in comparative perspective**. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle].

SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan.-abr. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br>. Acesso em: 18 set. 2019.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Paula Costa e. **A nova face da justiça**: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Relatório sobre conteúdo, programa e método. Lisboa: Coimbra, 2009 *apud* LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA, Ananda Portes. Extensão de cláusula arbitral em contratos coligados celebrados entre as mesmas partes. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 52, jan.-mar. 2017, pp. 171-194, DTR\2017\509, 2017 [versão eletrônica].

SOUZA, Mariana Freitas de. Artigo 15. *In*: (org.) CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

STÖBER, Michael. Os meios alternativos de solução de conflitos no direito alemão e europeu: desenvolvimento e reformas. **Revista de Processo**. v. 244, pp. 361-380, jun. 2015. DTR\2015\9720. São Paulo: RT, 2015 [versão eletrônica].

TALAMINI, Eduardo. *In*: (org.) CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

TARTUCE, Fernanda. *In*: (org.) CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação de conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019 [Minha Biblioteca].

TARTUCE, Fernanda. O marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**. v. 258, pp. 495-516, ago. 2016. DTR\2016\22279. São Paulo: RT, 2016 [versão eletrônica].

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TOCHTERMANN, Peter, Mediation in Germany: the german mediation act – alternative dispute resolution at crossroads *In*: HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (edits) **Mediation: principles and regulation in comparative perspective**. Croydon, Grã Bretanha: Oxford University Press, 2013 [versão Kindle].

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Regimento interno. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/>. Acesso em: 17 ago. 2019.

TUTIKIAN, Priscila David Sansone. **O silêncio na formação dos contratos**: proposta, aceitação e elementos da declaração negocial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/>. Acesso em: 3 out. 2019.

VELOSO, Zeno. Fato jurídico – ato jurídico – negócio jurídico. **Revista de Informação Legislativa**. v. 32, n. 125, pp. 87-95, jan.-mar., 1995. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176311/000495714.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 set. 2019.

WALD, Arnaldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 2. São Paulo: RT, maio-ago., 2004.

WALD, Arnaldo; BORJA, Ana Gerdau de. Cláusula compromissória “cheia” e aceitação tácita da cláusula arbitral: caso Itiquira vs. Inepar comentários aos ei 428.067-1/10 do TJPR. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 32, pp. 343-369. São Paulo: RT, jan.-mar. 2012. DTR\2012\2287, 2012 [versão eletrônica].

WATANABE, Kazuo. Modalidades de mediação. *In: Mediação: um projeto inovador*. Série cadernos do CEJ; Brasília, Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003, v. 22, pp. 22-50. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol22/artigo04.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2017.

Referências normativas (Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação